ESTUDIOS

SOBRE LA

CONDICION JURÍDICA DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS

SEGÚN LOS PRINCIPIOS Y EL CÒDIGO CIVIL VIGENTE,

POR

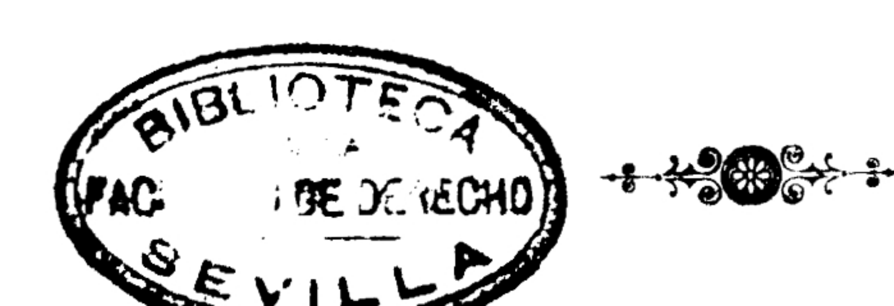
DIEGO ANGULO LAGUNA,
del I. Colegio de Abogados de Sevilla;

CON UN PRÓLOGO

DE

D. FEDERICO DE CASTRO,
Profesor de la Universidad de Sevilla.

PUBLICADA
POR LA
REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA



A LA MEMORIA DE MI PADRE.

PROLOGO

La frase «derechos de los hijos ilegítimos» no es una reunión de palabras sin sentido, equivalente á la de legalidad de la ilegalidad ó á la fórmula algebráica C—C., una afirmación que se niega, un número que se resta de sí mismo; pues al presente nadie ignora que hay derechos que, ó no necesitan, ó no han obtenido todavía sanción legal.

Pero colocad esta frase en un Código, y la contradicción de sus términos aparece de un modo ineludible; la ley no puede ocuparse de lo ilegal sino para legalizarlo ó para prohibirlo.

Ni una cosa ni otra han hecho nuestros legisladores en el caso presente.

Han prohibido toda unión extramatrimonial, y lógicamente pensando, donde no hay paternidad no puede haber filiación; sus prohibiciones, sin embargo, han sido hasta ahora ineficaces; anatematizadas por la religión, castigadas mas ó menos por el poder civil, aquellas uniones no han dejado de verificarse por detrás de la Iglesia y á espaldas de la ley.

Esto coloca al legislador en una situación insoste-

nible. Encuéntrase en presencia de hechos que no reconoce, de hechos para él fuera de toda regla jurídica; pero que, como hechos, se imponen y es preciso regular.

¿Prescindirá de ellos como ajenos á su competencia? ¿Dejará de concederles efectos civiles? ¿Dejará de ocuparse de los hijos nacidos fuera de matrimonio como si no existieran? Se llegaría al absurdo de que pudiera haber naturales de un Estado que no tuvieran en el Estado ni siquiera nombre. Dentro de él estos individuos mantendrían relaciones con otros; habría, pues, que negar efectos civiles á estas relaciones, y el Estado todo se negaría al negarse en uno de sus miembros; si quiere preterirlos, tendrá que arrojarlos del territorio donde impere. Así se cuenta que lo hicieron los espartanos con los nacidos de sus mujeres y de los ilotas durante las guerras de Mesenia.

¿Se acepta su existencia, y, como á hijos de las *malvas*, se les considera sin padres, negándoles todo derecho respecto de los que les dieron el sér? Pues la ley deja de serlo por injusta, porque castiga al inocente y favorece al culpable, y en vez de procurar retraer á éste del delito, le ofrece facilidades para delinquir. Quitad á los hijos doblemente sacrílegos toda acción para pedir alimentos á su padre y á su madre, y los hijos sacrílegos se multiplicarán. Que las mujeres, como les aconsejaba Emilio Girardin, exijan al amante futuro el depósito previo del importe de los alimentos y de la educación de la posible prole, y la prole ilegítima disminuirá considerablemente.

¿Se les concede, como parece más moral, derechos á los hijos á quienes se les causa el daño de traerlos á la vida sin todas las condiciones del vivir, y obligaciones á los padres que se olvidaron de proporcionárselas al procrearlo? Pues estas obligaciones suponen condiciones para cumplirlas; esto es, derechos.

No hay medio en la disyuntiva: para el hijo ilegítimo no hay más que el destierro ó la legitimación; ó hacer lo que los espartanos con los partenios, ó lo que Roma con los que de las españolas tuvieron sus primeros legionarios.

Siendo en la actualidad lo primero imposible, moral y físicamente, de practicar, la legitimación se impone; lo ilegítimo se legitima más ó menos por ministerio de la ley; la ley declara que lo que declara ilegítimo no lo es.

Es verdad que se ha tenido cuidado de no pronunciar la palabra; mas ¿qué importa que se llamen hijos naturales é ilegítimos (categorías á que han quedado reducidas las antiguas más numerosas), si con estos ó con aquellos nombres se encuentran en los Códigos y se les atribuyen derechos? Legítimo será siempre lo que la ley declara con derecho; hay, pues, que llegar en esta materia á la legitimación de todo lo ilegítimo.

Un paso en este camino son las disposiciones de los arts. 125 á 128 del Código civil.

Según ellas, pueden ser legitimados sólo los hijos naturales; pero como á favor de éstos se establece en el 130 una presunción *juris tantum*, como esta presunción casi se convierte en *juris et de jure*, pues por el

art. 132 se prohibe, cuando el padre ó la madre los reconozcan separadamente, revelar el nombre de quien los hubiera tenido, resultarán, de hecho, únicamente excluídos de la legitimación los que sean ilegítimos por ambas líneas.

La realidad va triunfando de las preocupaciones; pero todavía intentan mantenerse sus principios.

Contra el axioma más elemental del derecho, el derecho se hace depender de la voluntad; se declara una obligación y se deja al obligado en libertad de cumplirla ó dejarla de cumplir.

Obligaciones y derechos son siempre correlativos; el padre tiene derecho al hijo, pero el hijo tiene derecho al padre. Si alguna duda cupiere, sería en contra del que por su delito se ha hecho indigno de la paternidad. ¡Singular contraste el que ofrecen las legislaciones posteriores con el Fuero Juzgo! Allí donde se admitía la transmisibilidad del pecado, se declaran puros á los nacidos de uniones pecaminosas, porque el bautismo borra toda mancha.

El hecho, que es la verdad, llegará á triunfar del falso principio, que es la mentira; basta ponerlos frente á frente. La legitimación por concesión real, hoy sin sentido, pues no concede al hijo legitimado nada que el natural, por serlo antes, no tuviera, acabará por desarrollar sus naturales consecuencias, ó mejor, desaparecerá con lo que tiene de odioso y de arbitrario; reconocimiento y legitimación para los hijos naturales, serán la misma cosa.

Aun á los natural ó civilmente espúreos, los prohija-

rá la nación, madre común de todos los que nacen en su seno. Ya Carlos III dió á los expósitos la consideración de hidalgos.

Todo esto la legislación puede hacerlo, y la legislación lo hará. Tan factible lo creemos, que ya tuvimos el honor de proponerlo en la ponencia de una Comisión de Códigos.

Pero ahora se nos presenta un problema mucho más difícil de resolver: ¿qué derechos han de concederse á los diferentes hijos ilegítimos?

¿Puede establecerse un principio que resuelva científicamente todas las cuestiones y salve las contradicciones é incoherencias en que abunda nuestro Código civil? Tal es la materia de este libro, cuyas conclusiones, á fuer de meros prologuistas, no nos es dado discutir, ni siquiera desflorar.

Pero puesto que si fuera cosa mala, mereceríamos el concepto de autores, por haber inducido y casi forzado á publicarlo, seános lícito, sin tratar la cuestión de fondo, manifestar los móviles que nos han impelido á contribuir á lo que pensamos ser una buena obra, ya que en ella, por desgracia, no tengamos otra participación que la de haberla escuchado con gusto y aplaudido sin reserva.

Su oportunidad no puede ser mayor estando ya cercano el plazo de la revisión de nuestro Código civil.

La materia de que trata no puede ser más interesante, siendo ésta una de las más deficientes de nuestra legislación.

Malo había de ser este estudio, y con llamar la aten-

ción sobre tantas cuestiones irresueltas y tantas disposiciones difíciles de compaginar, merecería seguramente el aplauso de los doctos.

Pero muy por encima del mérito de ponerlas de relieve está el de la manera de tratarlas.

La influencia, siempre poderosa, del derecho romano en el nuestro, acentuada en el siglo XIII y casi decisiva desde el XVI; la de la escolástica hasta fines del XVIII; la del superficial enciclopedismo con vestiduras retóricas desde mediados de este último á más de mediados del presente, y como consecuencia, la idea de la ley como determinación de una voluntad, llámese regia, parlamentaria ó de las mayorías ó nacional, desligada de la realidad cuya condicionalidad temporal expresa, dan á nuestras doctrinas de derecho una fisonomía algo semejante á la del arte neo-clásico, atento á conservar minuciosamente las tradicionales preocupaciones, mientras olvida las nuevas ideas y necesidades llamado á expresar y satisfacer. Concíbese, á lo sumo, el derecho como algo que toma de las cosas la materia bruta; pero, que destinado á regularlas, puede moldearlas á su antojo, y unas veces se dilata por los campos ilimitados de posibles que no existen más que en la fantasía desencadenada y delirante del que arbitrariamente se los forja, concentrándose en fórmulas amplísimas donde todo cabe y á nada en particular conviene (la ley se ocupa de lo general, pero no de los casos particulares), y otras, dejándose conducir por las cambiantes apariencias fenomenales, se desata en un casuismo indigesto, cuyas resoluciones engendradas,

contradiciendo la naturaleza de la vida, estaban muertas antes de nacer.

Tratar el derecho como un orden de la realidad fuera de la que no tiene otra existencia que la efímera de ese inmenso fárrago de decretos de tan perfecta inutilidad, que es ya vulgar proloquio que las leyes se escriben para que no se cumplan, con que nuestros zahorís políticos pretenden curar las enfermedades sociales como por ensalmo, cuando no hacen más que obedecer á las exigencias más ó menos bastardas del momento, es labor por extremo meritoria y que ha de contribuir á dar á nuestro derecho positivo el carácter científico de que carece hoy por hoy.

Lo que con tales propósitos se haga, es por extremo digno de ser alentado: pues bien, los siguientes estudios sobre la condición jurídica de los hijos ilegítimos, según los principios y el Código civil vigente, no sólo se lo proponen, sino que lo cumplen. Considerando la relación de los padres con los hijos que han procreado fuera de la familia y que no pueden hacerse entrar en el orden familiar por un subsiguiente matrimonio, se estudia la posición irregular en que los unos se encuentran respecto de los otros colocados, y lo que es dado hacer á la ley para atenuar sus males, enderezándolos al bien en lo posible; luego, con serena y severa lógica, que recuerda la inimitable é inimitada de los grandes jurisconsultos romanos, se va confirmando la verdad del principio en su aplicación á los diferentes grados de la ilegitimidad, acabándose por, á su luz, poner en claro lo que es reformable y debe ser reformado en

esta parte de nuestro derecho positivo, y todo esto de una manera original, que no tiene precedentes en nuestros tratadistas.

¿Significa esto que convengamos con la doctrina del autor? No podemos ni debemos contestarlo.

No podemos, porque para afirmarla ó rebatirla necesitaríamos escribir otro libro como el presente, y no contamos con fuerzas ni tenemos tiempo para ello.

No debemos, porque entonces trocaríamos nuestro papel de prologuista por el de crítico. Permítasenos, pues, que, como introductor, nos quedemos á la puerta de la sala. Osadía insensata sería, además, la pretensión de prevenir el juicio de lectores, sin comparación, mas ilustrados.

Y por último, ¿de qué serviría? Si conformamos en opiniones, manifestar las nuestras sería inútil repetición: si estuviéramos disconformes, ¿no es la mayor garantía de la viabilidad de este libro el que su propio enemigo lo apadrine?

FEDERICO DE CASTRO.

ESTUDIOS

SOBRE LA

CONDICIÓN JURIDICA DE LOS HIJOS ILEGITIMOS

SEGÚN LOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

CAPÍTULO PRELIMINAR

Actualidad é importancia de la cuestión.—Criterio socialista sostenido por Menger.

«La alta importancia social de las leyes referentes á los hijos ilegítimos, surge tan pronto como se echa una mirada sobre el número de nacimientos ilegítimos en los diversos países. Recuerdo sólo, que en el imperio germánico, en donde hay una cifra relativamente exígua de éstos, según las últimas estadísticas, llega al 9 por 100 de los nacidos, y aun cuando la mortalidad de los niños ilegítimos sea bastante grande como consecuencia de la defectuosa legislación y de otras causas, se puede, sin embargo, afirmar que los individuos cuya condición civil viene esencialmente regulada por las leyes sobre los ilegítimos, ascienden á millones en todos los Estados civilizados.»

Así se expresa el Profesor de la Universidad de Viena, Menger, en su interesante libro *El Derecho civil y el Proletariado* (1), y ciertamente no es preciso aducir muchas razones para que el lector dispense al que esto escribe de aquellas consideraciones que son de uso en la generalidad de los libros para

---

(1) *Il Diritto civile e il proletariatto.* Vers. per. Oberosler.

encarecer la importancia del asunto de que se trata. No hay necesidad de consultar las estadísticas, ni es forzoso insistir en lo que para todos es evidente. El mero hecho de vivir en la sociedad de nuestro tiempo y el comercio ordinario de la vida, claramente nos ponen de manifiesto cuán generalizado y cuán frecuente es el contacto carnal ilícito entre personas de todas las clases sociales. Sean las que fueren las causas de este hecho, atribúyanlo las personas de arraigadas creencias religiosas á la irreligiosidad y al excepticismo de nuestra época; acháquenlo otros á la inmoralidad reinante, que á otras causas obedece; sea el lujo causa productora de muchos de estos excesos, ó considéreselos tal vez por algunos como síntoma de caducidad de las formas históricas conocidas y en uso de unión de los sexos, yo me limito á consignar el hecho, que nadie osará poner en duda, y que es lo que da motivo á la publicación de estos estudios, fruto de mi pensamiento sobre la materia, que como modesto ensayo someto á la opinión de los doctos.

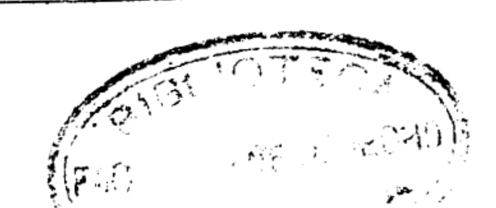
Bueno es, de todas maneras, dejar sentado que aun cuando se afirme que el matrimonio y la familia son instituciones que, al menos en la forma que tienen actualmente, están llamados á desaparecer, no por eso pierde su importancia y su actualidad el problema de la condición jurídica de los ilegítimos, pues los que tal sostienen, ni han de aceptar el actual estado de derecho en este punto, ni, sean las que fueren las soluciones que aporten, han de dejar de proveer á esta cuestión, que en todos los aspectos y desde todos los puntos de vista entraña una importancia excepcional. Siéntese un malestar, nótanse ó pueden notarse por el más miope un conjunto de necesidades y de legítimas aspiraciones que no encuentran su satisfacción en el derecho escrito; vacila la conciencia pública sin manifestarse de un modo franco y decidido por una ú otra solución, influída por las enseñanzas del pasado y por las lecciones del presente, y en estas circunstancias, cuanto se haga para que la regla jurídica latente llegue á individualizarse y á encarnar en una fórmula precisa, es obra de caridad y de patrio-

tismo y deber de toda conciencia honrada. Precisa, pues, acometer la solución del problema; el mal existe, la necesidad se siente, las circunstancias de oportunidad de la reforma no pueden desconocerse ahora que se aproxima la revisión decenal de nuestro Código civil; los criterios que luchan en la cuestión que vamos á estudiar, se han desarrollado ya por completo; sólo falta concretar un poco las conclusiones y descartar de la opinión que se adopte los conceptos que como armas de combate en la polémica, y sólo con esta significación han podido ir unidos á ella; sólo resta, pues, precisar, y si vale la palabra, purificar las doctrinas vertidas en el debate.

Uno de esos conceptos, que desde luego deben excluirse del campo de la discusión, es el de considerar, como hace el profesor citado Menger (1), que ésta es una cuestión de clases en la que se ponen de manifiesto los antagonismos existentes entre las denominadas pudientes y las proletarias. He aquí como se expresa el eminente profesor de la Universidad de Viena:

«Las clases proletarias han tenido siempre la tendencia de romper la barrera creada mediante el derecho privado, y de penetrar en el campo reservado por la ley á las clases ricas. Así, por ejemplo, en el año 1886, fueron condenados por hurto en el Imperio germánico nada menos que 88.816 individuos, y cuenta que el número de ladrones condenados, y en general de reos por delitos contra la propiedad, debe de ascender á cientos de miles. Esta acometida extraordinaria de las clases proletarias contra el orden de la propiedad, produce, como natural consecuencia, el que el Estado trate de ampararlo contra todo ataque mediante leyes rigurosas. Así, desde el punto de vista social, son principalmente las leyes penales las que protejen y conservan el orden de las propiedades frente á las clases proletarias, mientras las querellas civiles tienden con especialidad á sostenerlo contra las violaciones jurídicas de los poderosos. Una tendencia semejante de entrar en el campo

(1) Obra citada.



ajeno, se puede igualmente notar de parte de los ricos, sólo que ésta no va contra la propiedad, sino contra la vida sexual de las clases proletarias.

Por efecto de su propiedad y de las rentas que de ella sacan sin trabajar, los ricos están en situación de satisfacer cumplidamente las necesidades que sirven para mantener y hacer prosperar la existencia del individuo, y por eso está justificada por las leyes psicológicas su tendencia á ampliar de igual suerte sus goces sexuales más allá de los límites señalados por el orden del derecho. Añádese á esto, que la vida sexual extraconyugal de los ricos viene motivada y sostenida por los tardíos matrimonios, por su superioridad efectiva de capital y de cultura y por otras muchas circunstancias sociales. La vida extraconyugal de las clases poderosas no puede desenvolverse sino á expensas de la pureza y de la inviolabilidad de la vida de familia de los pobres.»

Y á seguida se hace la siguiente pregunta: «¿Cuál es la conducta del Estado y de la legislación frente á la tendencia invasora de las clases ricas en un campo que con razón pasó siempre por innacesible?» Y contesta: «En esto se vé la unilateralidad de nuestra legislación civil. En principio es cierto que reconocemos que la vida sexual extraconyugal ofende al derecho y á la moral; pero mientras el Estado amenaza con graves penas á los que violan los intereses de la propiedad de los poderosos, los intereses sexuales de las clases pobres no están más que insuficientemente protegidos en el Derecho civil y penal.»

Prescindo de la oportunidad en los momentos actuales de hacer de esta cuestión una cuestión de clases. Hoy que los antagonismos y odiosidades entre proletarios y burgueses han llegado á su período álgido, y en que el fuego de la discordia se comunica á todos aquellos puntos donde se dé una relación entre los individuos de estas distintas clases sociales, considero peligroso echar nuevos materiales á la hoguera, y hacer que esta prenda y tome incremento en puntos á los que acaso esta-

ba muy lejos de llegar. Sin embargo, si la afirmación fuera exacta, nada podría objetarse, pues que á tanto puede obligar el deber de la propia sinceridad. Mas lo que yo niego, é importa insistir en este punto, es que ésta sea una cuestión de clases como Menger entiende, y más todavía, que partiendo de ese modo de considerar el asunto, pueda llegarse á una solución acertada y justa.

El fenómeno del comercio carnal ilícito se presenta en todas las clases sociales; es un fenómeno general, y no se realiza, si vale la palabra, con esa uniformidad que Menger pretende. No niego que una de las causas productoras del mismo sea el dinero, que, sin duda en bastantes casos, allana el camino á la seducción y á las malas costumbres; pero de que el dinero sea una de las causas, no se desprende que sea la preponderante, ni mucho menos la única. Conocida de todo el mundo es la corrupción que existe en nuestras altas clases sociales, en las llamadas clases aristocráticas, donde, no solamente los varones, sino también las hembras, toman parte en este concierto de la inmoralidad, sin pudor, y sin recato, y sin que, pues también se estraga el paladar moral, las personas que se encuentran limpias, dejen de dar la mano ni cierren las puertas de su casa á las que públicamente engañan á sus maridos, sino es que convienen con ellos en pactos de libertad para el libertinaje que luego rodean de formas, mezcla de piadosas y de elegantes. Ahora bien: éstas distinguidas señoras no buscan la satisfacción de sus goces sexuales entre los individuos de las clases proletarias; son los jóvenes *sportmans* ó los hombres adinerados los que satisfacen sus apetitos, y sólo por excepción, se habla á las veces de alguna que otra ilustre dama que encuentra en su lacayo la encarnación de su ideal, lo cual, por cierto, redunda en su desprestigio, pues que hasta en el vicio imperan las leyes de lo que se llama la corrección y el buen gusto. He aquí, pues, una fuente de ilegitimidad, en la que para nada se advierte esa tendencia á invadir el campo ajeno de que nos habla Menger.

Quizá por alguien, celoso de los timbres de nuestras altas clases ó desconocedor de sus costumbres, se encuentren exageradas nuestras afirmaciones; pero la observación directa puede en todo momento servirles de comprobación y la literatura contemporánea, de la cual tenemos en España muestras todavía recientes (1), al darnos un acabado cuadro de la realidad, nos cercioran aun más si es necesario. Todavía corre de boca en boca un escandaloso soneto de uno de nuestros más afamados poetas, que, por ser rigorosamente cierto, sin duda, costó á su autor algunos malos ratos.

Contra la generalidad de este fenómeno y á favor de la uniformidad que Menger supone, podrá objetarse con el hecho de que la inmensa mayoría de las prostitutas, cuya misión es satisfacer los apetitos carnales de las gentes que pueden pagarlas, procede de las clases inferiores sociales, esto es, de las proletarias. Pero este argumento tiene facil contestación. En primer lugar, la prostitución no vive solamente de los rendimientos que obtiene de las clases acomodadas; las mismas clases proletarias contribuyen á mantenerla; cualquiera persona medianamente observadora puede comprobar siempre que entre las prostitutas hay sus categorías, y que muchas de ellas, las que se cotizan más barato, tienen su parroquia exclusivamente entre esas clases proletarias; por el contrario, otras, quizá las menos, son patrimonio exclusivo de las clases acomodadas. Pero, no es esto sólo; ciertamente que la inmensa mayoría de las prostitutas procede de las clases inferiores sociales; pero, á buen seguro que si se formasen estadísticas referentes á los modos y causas por las que estas infelices fueron impulsadas á la prostitución, ellas nos enseñarían, como en la mayor parte de los casos, el seductor, el que las deshonró y luego decidió de su porvenir al abandonarlas, pertenecía á la misma clase social que ellas, á la misma clase proletaria. Y no deja de haber una razón para que esto ocurra así, que no debiera esca-

(1) *Pequeñeces*, del P. Coloma; *La Espuma*, de Palacio Valdés, etc.

par á la perspicacia de Menger. Efecto del ódio de clases existente y una de las manifestaciones del mismo, es que las mujeres del proletariado, que tienen los sentimientos de su clase, vean en el hombre acomodado y burgués el opresor, el enemigo de su casta, el ser sin corazón y sin entrañas de quien constantemente oyen pregonar los defectos y jamás las bondades, y ésto, como ocurre en esta hermosa tierra andaluza, cuando no es para ellas, antes que otra cosa, un ente ridículo con el cual es imposible toda comunión de afectos y de sentimientos.

Las mujeres del proletariado se entregan, por regla general, á los hombres de su clase; lo que ocurre es que, pasada la satisfacción del deseo, cuando el hambre las acosa y es forzoso tomar un camino en la lucha de la vida, la mayor parte de ellas toman el del lupanar, en vez de el de la fábrica ó el taller. Es cuestión de utilidad: llegado ese momento, esperan encontrar mayor suma de utilidades comerciando con su cuerpo, que trabajando honradamente: la poca cultura, aconsejada por las perentoriedades de la miseria, las hacen tomar esa resolución.

No está de más el observar que no pocas de las mujeres que van á engrosar los ejércitos de la prostitución, son verdaderas enfermas, y en estos casos, bueno es culpar á la enfermedad y no á tendencia alguna invasora.

Si fuese mi ánimo enumerar todas las causas productoras de los nacimientos ilegítimos, tendría en verdad que dar más extensión á estos estudios de lo que me he propuesto. Séame, sin embargo, permitido hacer notar cómo á algunas de nuestras leyes vigentes corresponde en justicia la gloria de ser causa, y no de las menos importante, de los nacimientos ilegítimos. No es preciso esforzarse para demostrar el interes que el Estado debe tener en todo lo que con el matrimonio y la familia se relaciona; cuanto sea dar facilidades para que el matrimonio se realice quitando de su celebración todo lo que trascienda á burocrático, es empresa que el Estado debe aco-

meter, persuadido de que cumple su fin, puesto que da á los particulares las condiciones que necesitan para constituir el organismo familiar en vez de hacer de los procedimientos que tiene que seguir el que desea contraer matrimonio, una verdadera carrera de obstáculos, en la que tiene que luchar con las premiosidades de la máquina administrativa y con la ignorancia ó los prejuicios de los empleados rutinarios, cuando no con las concupiscencias de funcionarios mal retribuídos, que en el rincón, al parecer más insignificante de cualquier precepto legal, encuentran venero inagotable de distingos, que se convierten en otras tantas fuentes de ingresos para su gaveta. Pues bien; lejos de esto, lo que en realidad ocurre es que, prescindiendo de los retardos y resistencias que los pobres tienen que vencer para contraer matrimonio, como para realizar cualquier acto que se relacione con la pública administración, los gastos que se ocasionan con este motivo difícilmente pueden ser sufragados por quienes á duras penas llegan á conseguir ahorrar lo indispensable para los primeros pasos de la nueva personalidad que van á formar. Y es claro, consecuencia de esto es que el matrimonio no se celebre en muchos casos, que los que debían ser marido y mujer sean simplemente hembra y varón ayuntados para el ilícito comercio carnal, y que de este modo surja una nueva fuente de ilegitimidad. En esta situación, ese hombre y esa mujer pueden separarse cuando gusten, y, como en esas masas del proletariado la conciencia jurídica no tiene, por efecto de su incultura, el grado de desarrollo que sería de desear, ocurre con frecuencia que esa unión se deshace por fútiles motivos, y los hijos quedan al amparo de Dios, considerándose el padre desligado de toda obligación respecto de ellos.

No he de hablar de lo que significan las dispensas, principalmente en el matrimonio canónico, cuando se trata de pueblos de corto vecindario y el párroco tiene pocas ganancias por ser pobre la feligresía. El obstáculo de la obtención de las dispensas, cuando no impide el matrimonio y es causa de filiación

ilegítima, lo retarda y hace que se realice pasadas las condiciones de oportunidad y después de haber hecho desaparecer los ahorros de los contrayentes. Por otra parte, en nuestra patria, donde tenemos una deplorable organización para el reclutamiento y reemplazo del ejército, son bastante frecuentes los casos en los que la ley viene amparando y protegiendo el concubinato, introduciendo la perturbación en las familias y poniendo en lucha los sentimientos más nobles y más humanos. De esta suerte, la misma ley viene dando origen á que se produzcan los nacimientos ilegítimos, cuyos frutos trata después con ese rigor que más adelante será ocasión de observar. Pero aún hay más; la mezquina retribución de que en nuestro país gozan los empleados públicos, al no permitirles reunir ahorro alguno para la vejez, hace que el Estado se vea obligado á conceder derechos pasivos á los que por efecto de su edad avanzada no pueden ya prestar sus servicios, y que, además, tenga que subvenir á las necesidades de las viudas y huérfanos. Pues bien; cualquiera que medianamente conozca nuestras costumbres y nuestro estado económico, no puede desconocer que estos derechos pasivos de la manera que se conceden á las viudas y huérfanas, siendo un poderoso estímulo que las aparta del matrimonio, no les impide el cumplir las funciones de reproducción, por donde se nos muestra otra nueva fuente de ilegitimidad. Otra causa de ilegitimidad puede encontrarse en los tardíos matrimonios de que nos habla Menger, sólo que, sin duda, considera esa causa como peculiar de las clases acomodadas, lo cual, en mi concepto, no deja de ser una gratuita afirmación, pues el hecho de los tardíos matrimonios, lo mismo se da en las clases proletarias que en las pudientes.

Todas estas causas que ligeramente acabo de indicar, nos convencen de modo indudable de lo que al principio afirmaba, á saber: que el ilícito comercio carnal no es un fenómeno que se presenta de la manera que Menger nos describe, sino que es general, que lo mismo se da en todas las clases sociales, entre los individuos que pertenecen á una sola de ellas y entre los

que pertenecen á clases distintas. Por consiguiente, sentadas estas premisas, es á todas luces evidente lo errado del camino, que consiste en afirmar que esta es una cuestión de clases y que con ese criterio debe resolverse.

En mi concepto, este es un problema de moralidad pública, y únicamente considerándolo así y aplicando al mismo los principios de justicia que sean pertinentes, es como se puede llegar á una acertada solución.

Nada más lejos de la realidad que ver aquí una tendencia invasora de la clase acomodada sobre las clases proletarias; semejante suposición es un prejuicio que no puede acompañarnos en el estudio que emprendemos, y por eso conviene insistir en este punto á fin de descartar *a priori* aquellas opiniones á que al principio me referí, las que si tienen disculpa en el calor del debate, no pueden tener cabida en un estudio en que, serena é imparcialmente, se trate de resolver el problema.

Lo más que puede concederse es que existe, sí, en esto del ilícito comercio carnal, una tendencia invasora, pero no de clase á clase, por las razones dichas, sino de individuo á individuo. El más fuerte, fisiológica y moralmente hablando, vence al más débil y lo convierte en medio de satisfacción de sus goces sexuales; pero en esta lucha, el dinero, sin dejar de ser uno de los factores, no es ni siquiera el preponderante.

Creo haber demostrado los errores que contiene la apreciación de Menger; respecto de la importancia de la cuestión objeto de estos estudios, paréceme inoportuno añadir consideraciones que seguramente se agolpan á la mente del que leyere; hora es, por lo tanto, de entrar en la investigación de los principios que deben regir esta materia y á cuya luz han de ser resueltos los puntos todos que comprende, confrontando las soluciones que encontremos más adelante con los principios sentados para ver, de una parte, sin son fiel desarrollo de su contenido; de otra, si los desvirtúan, ó si, por el contrario, confirman su virtualidad y su justicia.

CAPÍTULO PRIMERO

Carácter de la relación jurídica entre padres é hijos ilegítimos.—El daño como base de toda esta materia: se examina el causado á los hijos ilegítimos.

Cuando se trata de investigar las relaciones entre padres é hijos ilegítimos, lo primero que nos encontramos, tanto en Códigos como en autores, es la afirmación de que aquéllos están obligados, respecto de éstos, á realizar tales ó cuales actos, á darles ciertas prestaciones, cuya justicia no se discute. Difieren los Códigos y difieren los autores al enumerar, ya más circunstanciadamente, hasta dónde deben llegar estas obligaciones del padre y respecto de qué hijos son exigibles; pero todos, aun los más acérrimos partidarios de la tradicional distinción de diferentes clases de ilegítimos, convienen, en general, en que los padres deben ciertas prestaciones á los ilegítimos, siquiera algunos las restrinjan tanto que casi las hagan desaparecer. De todas maneras conviene hacer notar á nuestro propósito que, por mucho que se cercenen los deberes de los padres naturales, no por eso cambia de carácter esta relación, puesto que el suprimir esos deberes no lleva consigo la creación de derechos en el padre respecto del hijo, sino simplemente se reduce á hacer desaparecer modos de relación, sin añadir otros nuevos que puedan tener otra naturaleza.

De aquí surge la primera afirmación que en este estudio

puede hacerse y que nos sirve de punto de partida: la relación jurídica entre padres é hijos ilegítimos tiene un marcado carácter obligatorio para los primeros.

Ahora bien; estas obligaciones que forman el contenido de la relación jurídica entre los ilegítimos y sus padres, ¿qué naturaleza tienen y cuál es á su vez su contenido propio? Para contestar á esta pregunta precisa conocer previamente cuál es la fuente de donde se derivan; pues, según la que esta sea, así la respuesta estará concebida en unos ó en otros términos.

Hay obligaciones en derecho civil que se derivan de actos de la voluntad concordada; éstas son las llamadas contractuales, y, claro es que, como todas, toman su naturaleza de la fuente de donde proceden; así, por lo tanto, imperará en ellas el principio de la libertad que las creó ó debió crearlas, y se extenderán hasta el punto mismo á que llegó la voluntad creadora en su propósito de suministrar á la otra parte las condiciones de que necesitaba y de que la primera podía disponer, sin más limitaciones que las impuestas por la moral y por la realidad del objeto que de este modo privado se trata de regular.

Ocioso es indicar que las obligaciones á que nos referimos no proceden de ningún acto de voluntad concordada.

Pero al lado de esas obligaciones surgen otras en el derecho civil, que se derivan, valiéndome de las palabras que emplea un escritor español contemporáneo, aun cuando á otro propósito (1), de un hecho aislado, individual y concreto, en el que no puede verse el concurso de voluntades concordadas, sino simplemente el ejercicio de una sola voluntad que, moviéndose en el campo que le pertenece ó tal vez saliéndose de él, origina el acto que, por su transcendencia, ó por su relación con otros, producto ya de voluntades concordadas, viene á ocasionar relaciones obligatorias, cuya importancia no puede des-

(1) Sánchez Román, *Estudios de derecho civil*, tomo 4.°

conocerse. Que el principio de libertad informa también á estas relaciones, en cuanto que las prestaciones que contienen deben ser cumplidas libremente, pues la verdadera realización del derecho es únicamente la normal y voluntaria, no puede ponerse en duda; pero la influencia de este principio en tales obligaciones nos presenta distinto carácter que en las llamadas contractuales, puesto que en éstas influye primeramente de modo esencial en su formación, es decir, en el hecho que las da origen, mientras que en aquéllas su influencia no es tan esencial y decisiva, explicándose así que puedan nacer obligaciones de indemnizar, por ejemplo, los daños causados por el loco ó por el menor.

Si nos detenemos á pensar ahora cuál es el acto que da origen á la relación obligatoria entre los ilegítimos y sus padres, forzosamente nos vemos conducidos al instante de la concepción, de donde arrancan todas las consecuencias que en esta materia han de sacarse; lo cual no procede ni discutir siquiera, desde el momento en que se observa que Códigos y autores, aun los de más opuestas ideas á las que nosotros vamos á sostener, se fijan en este instante, y como que ven referido hacia él forzosamente su pensamiento, siquiera después se aparten del buen camino emprendido por la influencia de las preocupaciones sociales ó por otras causas.

Proceden, pues, las obligaciones de los padres para con los ilegítimos de un hecho que no es producto de voluntades concordadas, al menos para el fin que da sustantividad á esta clase de obligaciones. Pero este hecho transciende, este hecho viene á negar condiciones que á otra persona son debidas, y desde este momento aparece la perturbación jurídica y la consiguiente misión del Estado de restaurar el derecho infringido. No está, pues, la razón de obligar de estos hechos en la mera declaración legal, que, en tanto vale en cuanto en ella encarna la conciencia jurídica nacional, ni en los tradicionales principios de equidad, que tal como se presentan por los autores ofrecen un marcado carácter excepcional, puesto que la equi-

dad no es más que el derecho mismo en una de sus funciones (1), sino en la perturbación realizada.

Tenemos, pues, aquí un hecho, el de la concepción de los ilegítimos, que es el que da origen á las relaciones de éstos con sus padres; este hecho es perfectamente imputable, y siendo imputable á un sujeto, procede en buenos principios declarar la responsabilidad de éste. Será, por lo tanto, en virtud de las precedentes consideraciones, una verdad que podemos dejar ya sólidamente cimentada, la de que del hecho de la concepción de los ilegítimos son responsables los padres para todos los efectos jurídicos que de él puedan nacer.

Si al llegar á este punto de nuestra investigación y siguiendo el orden lógico de las ideas, entramos ahora á examinar cuáles son las consecuencias de ese hecho, para ver de lo que deben responder en realidad los padres ilegítimos, y por consiguiente, en qué consisten, descritas ya al por menor, las obligaciones que constituyen la relación que con sus hijos ilegítimos les liga, á poco que paremos nuestra atención, veremos cómo todas estas ideas se resuelven en el concepto de daño.

No es preciso decirlo: la consecuencia del acto de ilícito comercio carnal es la vida que se da á un ser, pues si bien es cierto que este hecho también puede producir sus efectos respecto de una de las partes que lo realizan, la mujer (querella por estupro, violación, etc.), no son éstos materia del presente estudio ni nos interesan para nuestro objeto.

Cualquiera que sea el concepto que de la vida se tenga, ya se considere, como Schopenhauer (2), que la regla suprema de toda sabiduría es la proposición enunciada por Aristóteles (οφρονιμος τυ αλυπογ διωκει ου το ηδυ) *el sabio persigue la ausencia del dolor y no el placer*, puesto que la verdad de esta sentencia descansa en que todo placer y toda felicidad son de naturaleza negativa, y el dolor, por el contrario, de naturaleza posi-

(1) Véase Giner y Calderón, *Resumen de Filosofía del Derecho.*

(2) *Parerga y Paralipomena*, cap. 5.°, máximas generales.

tiva; ya se piense como Lubbock (1), que la vida es un gran beneficio, y que los maestros debían insistir, tanto sobre el deber de la dicha como sobre la dicha del deber, porque deberíamos ser lo más alegres que fuera posible, aunque no fuese más que porque ser feliz uno mismo, es el método más eficaz de ayudar á la felicidad ajena; ya, por último, se afirme con Epicteto (2) que si un hombre es desgraciado es culpa suya, porque Dios hizo á todos para ser felices; es indudable que, en el caso de que tratamos, siendo la vida la consecuencia del ilícito comercio, el daño se produce.

Y digo que cualquiera que sea el concepto que de la vida se tenga, no puede desconocerse que en este caso el daño se produce, porque si desde el punto de vista del pesimismo se parte, la vida por sí misma es un mal, y por consiguiente, el daño estriba en el mero hecho de hacer vivir á un sér, si bien debe notarse que, en el supuesto de que hablamos, el daño se aumentará, puesto que ese sér viene al mundo privado de los medios necesarios para combatir el dolor que por todas partes le acecha.

No es esta ocasión de fijar un concepto de la vida, ni de hacer objeto principal de estos estudios la investigación de si la vida es un mal ó es un bien, pues si á cada una de las cuestiones incidentales que nos salgan al paso fuésemos á dar el desarrollo de que son susceptibles, este modesto ensayo se convertiría en una enciclopedia, cuya labor, á más de ser superior á las fuerzas del que esto escribe, no cuadraría á los propósitos que nos hemos formado. Bástame consignar que no estoy conforme con el concepto de Schopenhauer; pero que la realidad del daño en los nacimientos ilegítimos es tan evidente, que aun los pesimistas, que consideran el mal como lo positivo y el placer como lo negativo, deben reconocer forzosamente que en el

(1) Lubbock, *La dicha de vivir*, cap. 1.°

(2) Epicteto, *Máximas*.

supuesto de que hablamos el mal es mayor, y siendo imputable, procede discernir su responsabilidad.

Creo, pues, que la vida es un beneficio; pero admitiendo esto, afirmo, sin embargo, con el mismo Lubbock (1) que la vida no consiste simplemente en vivir, sino en vivir bien, y creo que realmente no viven aquellos de quienes dice Séneca (2) que sin especie alguna de fin no hacen sino pasar por el mundo, como los tallos de paja por el río; no van, la corriente les lleva.

Es la vida un bien, pero está muy lejos de ser un bien absoluto; la felicidad que en la vida se encuentra depende á su vez de otros bienes que la condicionan, y sin los cuales casi no habría que hacer esfuerzo alguno para llegar á convenir con las ideas de Schopenhauer. Esa condicionalidad humana, expresada de tan distintas maneras por las escuelas; ese hecho indiscutible de la convivencia social, produce sus efectos en todos los órdenes, y viene á influir también en el bien, al parecer más absoluto, que es el bien de la vida.

Ocurre con éste lo que con todos los bienes, por ejemplo, las riquezas, que es uno de los más estimados en nuestro tiempo. Ciertamente que el capital sirve para satisfacer nuestras necesidades, para ayudarnos en la inacabable labor de nuestro perfeccionamiento, para cooperar al bien de nuestros semejantes, y en estos respectos, no se puede negar que el capital es un bien. Pero poned la riqueza en posesión de quien no sabe dedicarla á fines racionales, de quien es inepto para hacer aplicación de ella á la producción, de quien se sirve de sus utilidades para fines egoístas y para proporcionarse goces sexuales ó vivir en el lujo corruptor y liviano de las grandes ciudades, y, á la postre, vendrá á resultar que la riqueza será un mal, y que el daño principal que producirá ha de dejarse sentir directa y especialmente en cabeza de quien no supo utilizarla á de-

(1) Op. cit.

(2) Cit. por Lubbock.

rechas. Y es que la riqueza, como todo bien, para ser tal, necesita de otros que lo complementen, ha menester de determinadas condiciones de moralidad, necesita que en el sujeto de la misma se dé la conciencia de la misión individual y social que la propiedad viene á cumplir, y precisa también que, por los obligados, no se nieguen al propietario aquellas prestaciones que ha podido imponer la libre voluntad mediante el contrato ó el mero hecho de la convivencia social.

Pues bien; si convergemos nuestra atención al bien de la vida y con nuestro pensamiento tratamos de abarcar en unidad armónica las relaciones de este bien con todos los demás, ó cuando menos, con aquellos que guardan con él mas íntimo enlace; si emprendemos la investigación de cómo se da este bien de la vida en los ilegítimos, veremos cómo por los padres se ha dislocado del lugar que le corresponde en el organismo de los bienes humanos, y cómo se ha truncado el orden sapientísimo de la naturaleza. La vida, para ser tal bien y para que no se convierta en mal, productor de daños, necesita de determinadas condiciones que han de ser prestadas por el mismo sujeto, puesto que el hecho de dar lo condicionado, si ha de ser racional, implica la obligación de suministrar lo condicionante, cuando estas condiciones sólo en nosotros residen y sólo por nuestra mediación pueden ser alcanzadas. Entregad la riqueza á quien os consta no ha de utilizarla ó ha de hacer de ella un mal uso, y cometeréis un verdadero daño; inculcad antes en la conciencia de aquel á quien queréis favorecer los principios que informan las funciones racionales del propietario, y habréis producido un bien. Dad la vida á quien al día siguiente vais á dejar perecer de hambre y de pesimismo, ó á quien hacéis arrastrar una existencia desgraciada, y habréis causado el daño; acompañad al bien de la vida los recursos materiales para subsistir, que sólo á vosotros son exigibles, el afecto y el cariño que forman el corazón y es base de nobles sentimientos, y habréis hecho el mayor de los bienes.

Si nos preguntamos ahora, ya más circunstanciadamente,

cómo los padres suministran á los ilegítimos el bien de la vida, forzoso nos es confesar que del modo más imperfecto, es decir, desligado de todas aquellas condiciones que lo hacen efectivo.

La comparación de los hijos ilegítimos con los legítimos, nos sale al paso presentándonos descarnadamente la realidad.

Nacen, en primer lugar, los hijos legítimos en el seno de una familia, órgano al que corresponden, entre otras muchas funciones, puesto que es sociedad total, la de la reproducción y conservación de la especie, y para las cuales no cabe, al menos por ahora, pensar en otro órgano adecuado; de donde se desprende que los ilegítimos son traídos á la vida fuera del que debía ser su medio justo y racional de desarrollo. Este daño que se les causa, al cual en rigor casi podrían reducirse todos, se desdobla en otros que especialmente debemos indicar.

En primer lugar, los hijos legítimos, por el mero hecho de nacer en la familia, se encuentran amparados por la presunción legal que establece su legitimidad, y desde los primeros momentos obtienen de sus padres los auxilios necesarios para su subsistencia; los ilegítimos, ni hallan presunción alguna que los ampare, ni, por regla general, encuentran, ó encuentran muy deficientemente, los auxilios mencionados. Es cierto que hay padres naturales que desde los primeros momentos atienden á las necesidades de sus hijos; pero esta observación no puede desvirtuar la regla general sentada, como tampoco el hecho de que algunos padres legítimos dejen de proveer á las necesidades de la prole, demostraría que, por regla general, los hijos legítimos encuentran en la familia la satisfacción de sus necesidades. Además, del hecho de que haya en la vida práctica padres que cumplan todas sus obligaciones para con los ilegítimos, hablaremos más adelante y veremos el alcance que tiene. Aquí se nos presenta ya un daño concreto.

Pero es más; siendo la familia, como hemos dicho, una sociedad total, está llamada á cumplir, y cumple de hecho en la vida, como uno de sus principales fines, una alta misión edu-

cadora. El matrimonio, como dice Ahrens (1), es una unión para el perfeccionamiento moral de los hombres, para el cumplimiento de sus deberes más variados. «En la familia, continua diciendo dicho escritor, es donde se ejercen desde luego las virtudes más importantes, que permiten á los esposos soportar en común las cargas y las desgracias de la vida, y gozar de sus bienes. Es en el seno de esta unión donde se desarrollan y fortifican los sentimientos de abnegación, de desinterés y de conmiseración; los deberes de sacrificio, de moderación y de prudencia; los afectos más íntimos, más dulces y más puros que puedan ligar entre sí á los hombres. La familia es el hogar de donde los buenos hábitos se esparcen sobre el orden social, cuya moralidad se eleva ó baja con el espíritu moral de las familias. El decaimiento del espíritu y del lazo de familia prepara graves desórdenes en la sociedad, y por otro lado, la familia puede permanecer como el santuario y el asilo, donde pueden retirarse y conservarse los sentimientos honestos desechados de una sociedad política que se corrompe. Por último, la familia es, como decía Rousseau, «la pequeña patria por la que nosotros estamos unidos á la grande patria»; ella derrama sobre el suelo que nos vió nacer, esta atmósfera de primeros y fuertes recuerdos, que se mantienen como los más queridos durante toda la vida.» El nacimiento de un hijo legítimo, añade Ahrens, introduce un nuevo elemento de moralidad; por otro lado, los esfuerzos y la solicitud ilustrada de los esposos no se ocultan á los hijos, y llegan á ser para ellos un alentamiento y un estimulante que les excita á responder á las esperanzas de sus padres; el matrimonio bien comprendido es una *educación mutua entre todos los miembros de la familia.*

He aquí descrita, mucho mejor que yo pudiera hacerlo, parte de los bienes que los hijos legítimos sacan de la familia; yo suscribo tal descripción, cuya exactitud no osará nadie poner en duda.

---

(1) Curso de Derecho Natural, pár. 96.

Pues bien; todo lo contrario ocurre con los hijos ilegítimos; lejos de venir á introducir un nuevo elemento de moralidad, ellos son signo de una inmoralidad manifiesta de la que no son responsables; lejos de producir un nuevo vínculo de unión entre sus padres, su nacimiento denota, por regla general, que la unión transitoria á que deben su vida se ha disuelto; lejos de encontrar una escuela de buenas costumbres, nacen generalmente en la escuela del libertinaje; lejos de ser esperada con ansiedad su existencia, el momento de su llegada al mundo es temido, porque indica la hora de los remordimientos y de las grandes justicias; y, por último, lejos de encontrar esa misión educadora, hallan la soledad y el abandono.

Aquí tenemos, pues, otro daño concreto causado á los hijos ilegítimos; aquí se nos presentan negadas otra serie de condiciones, que son indispensables para que la vida sea un bien y que únicamente por los padres deben ser suministradas.

Repito aquí lo que antes indiqué á otro propósito; no se nos oculta que puede haber padres que cumplan, respecto de sus hijos ilegítimos, todos los deberes que cumplirían con los legítimos; también puede haber, y hay de hecho, hijos de matrimonio que en el seno de su familia encuentren la discordia y la inmoralidad. Del primero de estos extremos hablaré más adelante, y entonces veremos el valor que tiene por los efectos á que puede dar lugar, y cómo no desvirtúa, sino que, por el contrario, confirma los principios que vamos sentando.

Continuemos señalando los daños que los ilegítimos, al recibir la vida, experimentan también de sus padres. Por ser el trabajo ley de la humanidad á que nadie debe sustraerse, es indudable que pasada la época de nuestra existencia en que nuestras facultades no han adquirido desarrollo suficiente, debemos, por nosotros mismos, subvenir á la satisfacción de las propias necesidades mediante el ejercicio de una profesión, oficio ó arte que nos proporcione los medios de subsistencia. Mas para llegar á ejercer ese oficio, ese arte ó esa profesión, precisa que previamente nos adiestremos y adquiramos los co-

nocimientos necesarios para ser útiles á nuestros semejantes, puesto que éstos no nos han de entregar sus utilidades sino en virtud de otras que nosotros les suministremos, realizándose así el general fenómeno del cambio. Ahora bien; estos conocimientos técnicos que de nuestros semejantes forzosamente hemos de recibir, constituyen ya de por sí utilidades, y como nosotros en la primera época de nuestra vida carecemos de otras análogas que suministrar como equivalente, es indispensable que alguien venga á suplir esta carencia nuestra. En la familia legítima, los padres subvienen á esas necesidades; los hijos ilegítimos se ven privados de estos medios, por donde nos encontramos aquí en presencia de otro daño, puesto que la vida, sin aquello que es preciso para conservarla, no merece el nombre de bien.

Por otra parte, los hijos legítimos pueden siempre y en todo momento hacer gala y ostentación de su legitimidad, sin que género alguno de consideraciónes lo estorbe; los ilegítimos, por el contrario, no pueden ostentar su filiación; los hijos legítimos, cuando su legitimidad es negada ó parece algo dudosa tienen sobradísimos medios para acreditarla, que el legislador sabiamente ha establecido á más de la presunción que les favorece; los ilegítimos necesitarán para demostrar su filiación y reclamar los derechos que de ella se deriven, seguir un pleito por su propia naturaleza difícil, y cuyas dificultades, por su parte, las leyes se encargan de aumentar, si no es que tiene que esperar el nacimiento de sus derechos de lo que arroje un procedimiento criminal.

Pero aún hay más: el hijo legítimo tiene su representante legal en su padre para todos aquellos actos en los que necesita que se complete su capacidad y que exista una persona que, velando por sus intereses, evite los perjuicios que en el comercio de la vida se le pueden irrogar. El hijo ilegítimo carece de esta representación, que generalmente se viene á suplir por las leyes con la concesión de la patria potestad á los padres naturales cuando medie la circunstancia del reconocimiento; pero

esta concesión absurda no puede justificarse, como trataremos de demostrar más adelante. Y la necesidad de esta representación y de este amparo no puede desconocerse, pues aun cuando fuera un hecho la carencia de bienes materiales de todos los ilegítimos, siempre quedarían las atenciones que en provecho de su persona son debidas, principalmente en los contratos de servicio que pueden celebrar, pues es notorio que quizá el más grave defecto de las leyes vigentes, en orden á la institución de la tutela, es el atender casi exclusivamente á las relaciones de los bienes y prescindir de la persona del menor, de tal suerte, que no sin fundamento llegue á decirse por no pocos autores contemporáneos que la tutela, tal como está organizada actualmente, es institución reglamentada en exclusivo interés de la gente rica (1).

Aun nos quedan otros daños que señalar: los hijos legítimos acreditan un derecho en la sucesión de sus padres y de los parientes de éstos; en los ilegítimos no se dan términos hábiles para que este derecho surja. Muchas legislaciones otorgan á ciertas clases de hijos ilegítimos un limitado derecho sucesorio; desde luego anunciamos que no se nos alcanza la razón de ese otorgamiento, que combatiremos más adelante, siquiera aparezca fundado en un sentimentalismo que por cierto no concuerda con las verdaderas crueldades que en otros parajes de los códigos se consignan.

Por último, es también un daño y no liviano para los ilegímos la carencia de un nombre; mientras los hijos legítimos pueden acreditar en todas partes un nombre y una genealogía, los habidos fuera de matrimonio parece como que ostentan una nebulosa personalidad, de cuyo origen todo el mundo se conceptúa con derecho á hacer suposiciones más ó menos novelescas y aventuradas, cuando no depresivas y vergonzosas. Y esto que parece un daño inmaterial, no deja de producir sus con-

(1) Véase sobre este punto á Cavagnari: *Nuovi orizzonti del Diritto civile in rapporto colle istituzione pupillari.*

secuencias en el orden material y económico también, lo cual no podrá ser negado por cuantos hemos tenido por padre á un hombre honrado, cuyo nombre limpio y puro es á modo de gentil heraldo que nos precede en las prácticas de la vida, allánándonos el camino que de otra suerte tal vez encontraríamos preñado de desconfianzas y de recelos.

Si á todo lo dicho añadimos la prevención reinante contra los hijos ilegítimos, tendremos acabado el cuadro de todos los daños que al recibir la vida reciben también de sus padres. Otro linaje de males no se nos alcanza.

Creo haber trazado de modo imparcial, é inspirándome en las enseñanzas de la realidad, la enumeración á que principalmente está dedicado este capítulo; si dirigiendo la atención ahora á la comparación hecha entre los hijos legítimos y los ilegítimos queremos condensar lo expuesto en una sola frase, repetiremos lo que antes de este análisis al principio decíamos, á saber: el daño causado á los hijos ilegítimos consiste en la negación de todas aquellas condiciones que son precisas para que la vida sea realmente un bien.

La vida no consiste simplemente en vivir, sino en vivir bien; conviene no olvidar este pensamiento de Lubbock.

CAPÍTULO II

Reparación del daño causado.—Cuestión previa.—El derecho á los alimentos: su examen.—Disposiciones del Código civil vigente: crítica de las mismas.

Dentro del plan que nos hemos propuesto, examinado ya el daño que á los ilegítimos se causa por sus padres por el mero hecho de darles vida fuera del organismo familiar, procede entrar en el estudio de la reparación que por los mismos padres debe hacerse, para de este modo restaurar el orden del derecho violado con el acto del ilícito comercio carnal. A la pregunta que en el capítulo anterior nos hacíamos de hasta dónde alcanzan y qué contenido tienen las obligaciones de los padres naturales, estamos ya en disposición de contestar, puesto que la reparación se contrae al daño, y éste nos es conocido; sin embargo, aun para fijar al detalle todas y cada una de las obligaciones de los padres, precisa consultar, además del daño causado, el fundamento de ciertas instituciones del Derecho civil con las que los ilegítimos pueden relacionarse, ó, por mejor decir, se pretende relacionarlos, pues sólo entonces podremos apreciar, ya presentado al pormenor, el contenido de la relación jurídica obligatoria que estudiamos. Por otra parte, como los hijos ilegítimos no pueden sostener pretensión alguna en el derecho del Estado si previamente no obtienen el reconocimiento, y éste implica la cuestión de la investigación de

la paternidad, se presenta en nuestro estudio, como preliminar, que debemos resolver el problema de si debe prohibirse, ó, por el contrario, permitirse á los ilegítimos el que libremente puedan averiguar y acreditar quiénes son las personas que les dieron la vida, y, que, por consiguiente, vienen obligadas á reparar el daño causado.

Como quiera que el estudio que venimos haciendo es un estudio de derecho social, y las reformas que indiquemos al Estado social, van enderezadas por vía de crítica á la legislación vigente, pues otros aspectos de la cuestión no ha sido nuestro ánimo estudiar, lo primero que tenemos que ver, si no hemos de partir de ligero y perdermos en consecuencias que acaso más tarde á nosotros mismos llegarían á asombrarnos por lo absurdas, es si todos esos daños que hemos visto se causan á los ilegítimos son reparables dentro del campo del derecho del Estado, ó si, por el contrario, éste debe declararse impotente.

Emprendamos esta investigación.

Nacen los hijos legítimos, decíamos, amparados por la presunción que establece su legitimidad; claro es que de la presunción de legitimidad de los ilegítimos no hay que hablar, puesto que carecen de ella, pero sí puede hablarse, en nuestro concepto, de la presunción de su filiación natural. La presunción dentro del campo del derecho, y en ésto no cabe discusión puesto que es doctrina admitida por todos, no es ni más ni menos que una inducción que se hace de un hecho cierto é indudable que vie- á acreditar la realidad de otro dudoso; así, la presunción es un medio de prueba, como tal se encuentra reconocido, sin ir más lejos, en nuestro Código civil (1), y todos los días se hace uso de ella en los pleitos para demostrar la procedencia de los derechos controvertidos. Estas presunciones pueden ser legales y judiciales ó *de hombre*, como dicen nuestros autores; pero, sea de la clase que quiera, siempre se funda en la íntima conexión, en el enlace fortísimo que existe entre el hecho cierto

(1) Libro 4.°, tít. 1.°, sección 6.ª

y aquel que se trata de probar, puesto que el primero lleva consigo la razón de la realidad del segundo. Esta doctrina puede comprobarse examinando todas y cada una de las presunciones que las leyes establecen, y esta doctrina se encuentra expresamente consignada en nuestro Código civil al afirmar que (1) para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien; si los hijos legítimos encuentran desde su nacimiento la presunción de su legitimidad, fundada en que se dan términos hábiles para que exista, ¿por qué los hijos ilegítimos, en los casos en que se den hechos indudables que lleven consigo la certeza de su filiación, no han de encontrar una presunción que los releve de prueba y que imponga esta obligación, siguiendo la doctrina general, al que niega su virtualidad y su certeza? Hay más; si por el carácter, hasta cierto punto penal, que parecen tener las obligaciones de los padres naturales para con sus hijos, se quisiera negar la procedencia y la justicia de la presuncion de que hablamos, siempre sería ocasión de demostrar cómo en el campo mismo de derecho penal tienen su valor, no ya las presunciones, sino la prueba indiciaria infinitamente más peligrosa que una presunción sólidamente cimentada (2).

Sin que entremos ahora en detalles, puesto que esta cuestión se relaciona con la de la investigación de la paternidad que hemos de examinar más tarde, basta indicar, para dar clara idea de nuestro pensamiento en este punto, que uno de los casos en el que sin duda se dan las condiciones de hecho necesarias para que la presunción surja, es el de la custodia del

---

(1) Art. 1253.

(2) C. J. A. Mittermaier. *Tratado de la prueba en materia criminal.* Traducción castellana anónima; págs. 360 y siguientes.

vientre de que nos hablan los escritores italianos, ó sea el concubinato ejercido *more uxorio*.

El Estado no se sale de su misión imponiendo presunciones: al establecerlas no hace más que dar condiciones de efectividad para el ejercicio de los derechos, y si respetables y dignos de todas las preferencias del legislador son los que nacen con motivo del organismo de la familia hasta el punto de establecer la presunción de legitimidad, tan respetable es, en cuanto es derecho, el que asiste á los ilegítimos para pedir á sus padres la reparación del daño causado. Allí donde se den las condiciones de hecho necesarias y donde surja un verdadero derecho, allí debe acudir la ley con una presunción que ampare y defienda á quien sea debido, librándole de la obligación de probar.

Pasemos de este daño de la falta de una presunción que ampare á los ilegítimos, el cual ya vemos de qué modo tan deficiente puede ser reparado, puesto que las circunstancias de hecho necesarias para que se produzca no se han de dar con la facilidad que en el organismo familiar, al segundo de los que señalábamos en el capítulo anterior.

Trátase de los auxilios necesarios para la subsistencia. En este punto existe conformidad, pues la obligación de alimentar á los hijos ilegítimos es principio reconocido por todos los Códigos, siquiera en estos alimentos se establezcan diferencias de que luego hablaremos. Y ciertamente, que este es un daño reparable, no puede ofrecer duda alguna; para que la necesidad que esos alimentos vienen á llenar se satisfaga, no es preciso una determinada posición de la voluntad del que los suministra, á lo que el Estado ni la coacción de que dispone no podrían en buenos principios constreñir; basta que los objetos materiales en los que reside la condición jurídica se pongan al alcance del que los necesita; el Estado obra, pues, conforme á derecho al sacar del patrimonio de los padres esos objetos materiales y colocarlos en el de los ilegítimos, para que éstos los utilicen aplicándolos á fines racionales.

Pero, ¿cómo vienen los padres obligados á prestar esos alimentos?; es decir, ¿es esta obligación que debe pesar sobre uno de ellos ó sobre los dos?; y caso que esto último se afirme, ¿la obligación debe ser solidaria, ó por el contrario, no debe revestir este carácter? En nuestro concepto, esta obligación por igual afecta al padre que á la madre; si volvemos otra vez la vista al hecho de la concepción, en el capítulo anterior examinado, veremos como el daño que de él procede á los dos es imputable de igual manera, pues ambos cooperaron á su ejecución de modo tan esencial, que sin el concurso de cualquiera de ellos el daño no se hubiera realizado; procede, pues, que ambos sean responsables. Si alguna distinción cabe hacer, es sin duda á favor de la madre, pues en los casos de violación, rapto contra la voluntad de la raptada, y en general en todos aquellos en que cumplidamente se demostrase que la madre había sido tan sólo un instrumento del padre ilegítimo para causar el daño, se la debía eximir de semejante obligación.

Sin embargo de que, sin género alguno de violencia, admitamos esta excepción á la regla sentada, fácilmente se comprende, que como lo general será la responsabilidad del padre y de la madre, no carece de importancia el dilucidar si sus obligaciones deben ser ó no solidarias. Y en este punto optamos desde luego por la afirmativa, pues entendemos que á ésta conclusión conducen los principios generales de derecho en materia de satisfacción ó resarcimiento de daños causados.

Entre las dos opiniones extremas que sostienen, en el caso de que sean varias las personas que concurran á realizar un daño, la primera, que la responsabilidad del resarcimiento debe ser siempre solidaria, y la segunda, que en todo caso debe ser á prorrata, se halla la sustentada por el eminente Prisco que establece una racional distinción (1).

La participación de muchas personas en causar un daño,

(1) Prisco. *Filosofía del derecho fundada en la Etica*. Traducción de Hinojosa, pág. 392.

puede ocurrir, ó sin *concertarse* de ante mano, de tal modo que sea diverso el obrar individual de los particulares que concurren á la ejecución del daño, ó puede ser el efecto de un *acuerdo previo*, en cuanto dos ó más individuos, para lograr mejor su propósito de dañar á otro, se convienen en un plan injusto, y cada uno quiere lo que quieren todos los otros, y conspira juntamente con ellos para realizar el culpable propósito común. Claro es que en el primer caso puede haber lugar á una gradación de responsabilidad, porque ni se pueden ni se deben medir con igual rasero todas las operaciones enderezadas á la perpetración del hecho injusto.

Por el contrario, en el segundo caso, todos son *coautores* del mismo hecho ilegítimo, y la responsabilidad es por ende solidaria.

He ahí como expresa Prisco la doctrina que en este punto conceptuo verdadera. Si la aplicamos ahora al daño causado por los padres ilegitimos, veremos demostrada la solidaridad de sus obligaciones de resarcimiento.

En efecto; en el hecho de la concepción encontramos el concurso simultáneo, los esfuerzos coligados de los padres, el *acuerdo previo* de que nos habla Prisco: el hecho de la concepción ha sido *querido* por los dos. Y no se nos objete diciendo que, si bien es cierto que ha habido acuerdo previo para la concepción y que esto ha sido querido por los dos, no entró en cambio en sus propósitos el ánimo de causar daño alguno, ni sobre este daño ha recaído acuerdo previo, porque sobre que de admitir tal doctrina iríamos á parar derechamente á dar un orígen contractual ó cuasi contractual á esta obligación de alimentar, no puede desconocerse que habiendo sido *querido* el hecho de la concepción, no podía ocultarse á los padres que ese hecho llevaba aparejado el daño, por donde la obligación de prestar los alimentos se presenta ineludiblemente con el carácter de la más justa solidaridad.

Pero esta obligación de alimentar de que hablamos, ¿qué alcance tiene y de qué modo debe ser cumplida? Nuestros au-

tores dividen los alimentos en civiles y naturales, y el Código civil vigente, que no acepta esta nomenclatura, aunque sí los conceptos que expresa, define en general los alimentos como todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia, añadiendo enseguida, que los alimentos comprenden también la educación é instrucción del alimentista cuando es menor de edad. Fija después las personas que recíprocamente están obligadas á darse alimentos en toda la extensión dicha, entre las cuales se comprenden los padres y los hijos naturales reconocidos y los descendientes legítimos de éstos; más al llegar á los padres é hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, dice que éstos se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia, si bien los padres están además obligados á costear á los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ó oficio.

En presencia de estas disposiciones legales, no podemos reprimir la siguiente pregunta, que desde luego nos asalta con exigencia de contestación categórica, como preliminar indispensable para juzgar de la bondad de los preceptos mencionados. ¿Para la justa reparación del daño de que tratamos, procede distinguir entre las diferentes clases de hijos ilegítimos, y, por consiguiente, tiene aplicación á este punto la división de los alimentos en civiles y naturales?

Si sobre los principios sentados volvemos en demanda de un criterio con que resolver esta cuestión, ellos nos darán una prueba más de su virtualidad y de su eficacia, al par que nos pondrán de manifiesto lo irracional de la distinción establecida en los artículos 142 y 143 de nuestro Código civil.

Hemos partido del carácter obligatorio para los padres de la relación que les liga con sus hijos ilegítimos; hemos examinado el daño que á éstos se causa al darles vida; hemos sentado el principio de la reparación; hemos visto como ésta debe contraerse al daño en cuanto sea reparable, y en todo este ca-

mino de investigación para sentar los principios indicados, para nada nos ha hecho falta la tradicional distinción entre las diferentes clases de hijos ilegítimos; no existe para unos, en este punto concreto, mayor daño que para otros; todos lo experimentan por igual, puesto que todos se ven privados de los auxilios necesarios para la subsistencia y la reparación, por consiguiente, debe ser igual para todos.

De aquí se desprende que la distinción establecida por nuestro Código entre los hijos naturales y los *demás ilegítimos* como con esta encantadora vaguedad dice en otro lugar del mismo, para los efectos de conceder á unos los alimentos civiles y á otros los naturales, no puede en buena lógica sostenerse. Podrá, sí, discutirse si en general á los hijos ilegítimos, sin distinción de naturales ó no naturales, se les debe conceder unos ú otros alimentos; pero no podrá la ley, si quiere ser justa, establecer preferencias que sólo puede aconsejar una sensiblería impropia de la serena calma del legislador ó una odiosidad á que jamás debe dar abrigo. Y si de resolver este punto tratamos, si queremos indicar cual es la reforma que nuestro Código reclama, los principios sentados nos darán la solución capaz, en mi concepto, de satisfacer todas las exigencias.

En efecto; en el capítulo anterior afirmábamos cómo el principal daño que á los hijos ilegítimos se causa, es el darles vida fuera del organismo familiar, y sustraerlos, por consiguiente, de su racional medio de desarrollo; en una palabra, la privación de la familia con todas las ventajas y utilidades que debía reportarle. De estas ventajas y utilidades hablábamos en general, porque no podíamos, ni podemos ahora hacerlo de otra manera, puesto que en la vida real, efecto de la limitación y de la imperfección humana, cada familia constituída proporciona un cierto linaje de utilidades que varía según la cultura de sus individuos, los medios de fortuna de que dispongan y el grado de moralidad que tengan. Pero si nosotros no podemos particularizar estas ventajas, no quiere

esto decir que en el campo de la realidad no se particularicen. Nosotros señalamos en general estas utilidades, afirmamos que se producen y que tienen tal ó cual carácter; más luego en la vida ellas se presentan con esa variedad infinita de que se nos ofrecen muestras en todos los órdenes de la inagotable realidad.

En general, podemos decir que los ilegítimos experimentan el daño de verse privados de una familia; pero ¿de cuál familia? La respuesta no se hace esperar: de la de sus padres.

Por consiguiente, si nos preguntásemos ya concretamente, el ilegítimo A., hijo de la mujer B. y del hombre C. de qué familia se encuentra privado, contestaríamos que de la familia que reconociese como base la sociedad conyugal de B. y de C., y no de otra; y si, para los efectos de la reparación, nos interesara saber qué auxilios para la subsistencia debía haber recibido A., caso de nacer hijo legítimo, contestaríamos que los procedentes de B. y de C., y no otros; y si, por último, demandásemos *cuántos* habían de ser esos auxilios, responderíamos que TANTOS como fuesen los medios de esa familia y su posición social, sin que otro criterio nos parezca justo ni aplicable al caso.

He aquí, pues, demostrada la justicia de los alimentos llamados civiles para todos los hijos ilegítimos: sostener la procedencia de los denominados naturales es, en nuestra opinión, aplicar una generalidad abstracta sin contenido alguno á casos que, por esta razón, no pueden hallarse comprendidos en ella; y es además separar el derecho de la realidad y de la vida, estableciendo un divorcio estéril, que traerá como consecuencia la fosilificación del primero, puesto que las energías de la realidad no han de secarse porque el legislador demasiado tardiamente vaya reduciendo á preceptos lo que de antiguo es ya derecho que se vive por la conciencia de la multitud.

Pero si irracional por demás es la distinción que el Código establece entre los hijos naturales reconocidos y «los demás ilegítimos» para el efecto de conceder á los unos los alimentos civiles y á los otros los alimentos naturales, significativa en

extremo es la convicción de la justicia de estos preceptos, de que el legislador aparece animado. Véase la prueba: cuando el Código se publicó, el art. 143 á que nos referimos concedía los alimentos civiles á todas las personas de que en él se habla, incluso á los hijos ilegítimos en quienes no concurriese la condición legal de naturales; después, al corregirse y publicarse la edición hoy vigente, los hijos ilegítimos no naturales sólo tienen derecho, según el mismo art. 143, á esos llamados alimentos naturales. ¿Cuál es la razón de esta metamorfosis? La Comisión de Códigos la explica con las siguientes palabras (1): «Aunque el Código no ha adoptado la antigua denominación de alimentos *naturales* y *civiles*, ha reconocido la diferencia que estos nombres significaban, en cuanto á los servicios comprendidos en la obligación de alimentar. El Código no había tomado bastante en cuenta esta diferencia con relación á la diversidad de personas, á quienes, ya confirmando las leyes ó la jurisprudencia antigua, ya completándola ó fijándola, se concede el derecho á alimentos. Así, la Sección, después de darlos en toda su extensión á los cónyuges, á los descendientes y ascendientes legítimos y á los padres y los hijos naturales, legitimados ó reconocidos, los restringe entre padres é hijos ilegítimos no naturales y entre hermanos consanguíneos ó uterinos, cuando alguno de éstos no pueda procurarse la subsistencia por causas que no le sean imputables.» Ocioso es insistir en lo significativo de este párrafo y en lo prestigioso que nace un precepto legal que á tales alternativas está sujeto, y que en semejante linaje de razones se funda.

Pero tal vez pudo ocurrir que en el seno de la Comisión Codificadora se adujeran argumentos poderosísimos que aconsejasen la reforma del art. 143 en los términos que se hizo. Oigamos al Sr. Manresa, que debió de asistir á aquellas sesiones, puesto que es uno de los señores que firman la Exposi-

(1) Exposición elevada al Sr. Ministro de Gracia y Justicia en 30 de Junio de 1889 por la Comisión de Códigos.

ción citada, y tal vez encontremos la oculta razón del precepto que combatimos. He aquí cómo se expresa dicho señor (1): «Según hemos dicho en otra ocasión, si bien no ha adoptado el Código la antigua denominación de los alimentos, reconoció, sin embargo, la diferencia que entre unos y otros existían, y estimando que no á todos se debían en la misma proporción y en idénticos términos, siendo tan distintas las causas y la razón legal de percibirlos en cada caso, no pudo menos de considerar que en algunos de ellos, como en los de los hijos ilegítimos y en los de los hermanos, se había procedido con exceso al concederlos en toda su amplitud y extensión, y hubo de restringirlos á lo puramente indispensable para las necesidades de la vida, ó sea á los alimentos naturales.»

«Explicado ya el motivo de la reforma...»

En resumen: que la razón que ha habido para la reforma, en concepto del Sr. Manresa, es la consideración de que el Código había sido generoso con excceso para con *los demás hijos ilegítimos*, y era forzoso corregir esta prodigalidad. No puede darse, en opinión nuestra, nada más desdichado que los párrafos fielmente transcritos, en los que se defiende la distinción absurda del art. 143. La falta de sistema de nuestro Código en todo lo que con los ilegítimos se relaciona, se manifiesta en este punto de indudable modo, como en otros muchos que examinaremos en el transcurso de estos estudios.

Tenemos, pues, que el Código distingue entre los hijos naturales y los demás ilegítimos, para concederles diferentes clases de alimentos. Añádase á esto que, lejos de reconocer el principio de solidaridad en la obligación de alimentar de los padres, cuya justicia hemos demostrado, establece (2) que cuando recaiga sobre dos ó más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellos el pago de la pensión en cantidad proporcional á su caudal respectivo; y aun cuando

(1) Manresa, *Comentarios al Código civil español*, tomo 1.°, pág. 554.
(2) Art. 145.

nada dice de si la forma de esta obligación ha de ser solidaria ó á prorrata, sin duda ha querido establecer esto último, por cuanto la solidaridad no se presume nunca (1), y por cuanto además expresamente dice que sólo *en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales*, podrá el Juez obligar á una sola de ellas á que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho á reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Este precepto, que en muchos casos podrá ser justo, no conviene á la naturaleza de la obligación de alimentar cuando recae sobre los padres ilegítimos; pero el Código, en su deseo de fijar normas generales que todo lo abarquen, ha instituído ésta con perjuicio del contenido real de la materia que reglamenta, sin hacer en otros lugares de su articulado las excepciones convenientes, para que sus preceptos respondieran á las verdaderas necesidades de la práctica.

De todo lo dicho se desprende que las dos bases sobre que funda nuestro Código su criterio en la cuestión que nos ocupa, la distinción entre los ilegítimos, y el no establecer la solidaridad de la obligación de alimentar en estos casos, como racional forma de garantía, no pueden ser más insostenibles.

Pero aún hay más: si en nuestra flamante obra legislativa aparece el legislador equivocado cuando se inspira en la tradición, puesto que conserva lo que debe desaparecer, no menos equivocado se nos muestra cuando innova nuestro derecho. Así, por ejemplo, innovación y no liviana es la que se introduce cuando sienta el precepto de que el obligado á dar alimentos podrá, á su elección, satisfacerlos, ó pagando la pensión que se fije, ó recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho á ellos (2). Y como este derecho de elección aquí

(1) Artículos 1137 y 1138.

(2) La ley del Matrimonio civil concedía este derecho, sólo en el caso en que previamente se justificase no poder satisfacer los alimentos de otro modo. Véanse además las sentencias de 22 de Diciembre de 1865 y 12 de Noviembre de 1868.

concedido algún valor ha de tener, puesto que de lo contrario sería ocioso el artículo, y, *verba cum effectu sunt accipienda*, hay que convenir en que, caso de que el alimentista no quiera vivir en compañía del obligado á dar los alimentos cuando éste haya optado por tal solución, decaerá su derecho y nada podrá reclamar. Este es además el sentido que al artículo aludido se da por comentarista tan penetrado del espíritu de nuestro Código, puesto que formó parte de su comisión redactora, como el Sr. Manresa y Navarro (1).

De donde resulta, como quiera que el Código no establece excepción alguna al principio sentado, que el legislador que en toda la materia de hijos ilegítimos se funda para sostener el criterio restrictivo que le inspira, en poderosas razones de moralidad y en el respeto que le merece el buen orden de la familia legítima, autoriza, sin embargo, al conceder este derecho de elección, á que se introduzcan en ella elementos que le son extraños y que sólo pueden producir la perturbación y la inmoralidad.

De este modo, el hijo adulterino ó incestuoso que en virtud de sentencia firme se presente reclamando los alimentos, puede ser obligado por su padre, en contra de todos los respectos que la família legítima merece, á vivir en el seno de ésta, so pena de verse privado del derecho á la alimentación. Y como, por otra parte, á esta clase de hijos no son debidos más que los llamados alimentos naturales, podrá presentarse el caso, dentro del más estricto cumplimiento de nuestra ley, de un hijo adulterino, que viviendo en el seno de una familia acomodada, esté en ella como un paria recibiendo sucintamente los auxilios necesarios para la subsistencia, al paso que los demás individuos de esa familia que bajo el mismo techo vivan, disfruten de toda suerte de comodidades y de venturas.

Afortunadamente, el sentido moral de los ciudadanos no

(1) Manresa, *Comentarios al Código civil*, tomo 1.°, pág. 574.

dará lugar á esta clase de espectáculos; pero bueno es consignar lo dicho para que se vea cómo la ley trata de levantar el sentimiento de la pública moralidad, y á qué extremos conduce la falta de un sistema en este punto, como en cualquier otro, que á la ciencia del Derecho se refiera.

Si otra fuera la índole de estos estudios, ocasión sería de examinar el articulado completo del Código en la materia á que nos referimos, y fijarnos hasta en su forma de redacción que, en nuestro concepto, no puede haber sido más desgraciada.

No podemos resistir, sin embargo, la tentación de hacer algunas consideraciones, siquiera nos apartemos algo de nuestros propósitos.

Defínense los alimentos civiles, como todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia, comprendiéndose también en ellos la educación é instrucción del alimentista cuando es menor de edad; y después, al hablar de los padres y los hijos ilegítimos, en quienes no concurre la condición legal de naturales, dice que se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. No parece, en vista de esta defectuosa redacción, sino que el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, no son verdaderos auxilios nesarios para la subsistencia; más, de todas maneras, es indudable que los alimentos naturales abarcarán también lo suficiente para dichos sustento, habitación, vestido y asistencia, á pesar de la diversidad de expresión que para un mismo precepto emplea el Código. La diferencia está en que los alimentos civiles se prestan, según la posición social de cada familia, y en los naturales no se hace tal declaración, sino que se dice simplemente que consisten en los auxilios necesarios para la subsistencia. ¿Cómo se han de graduar estos auxilios? Nuestro Código, tan propenso á encerrar el prudente arbitrio judicial en moldes precisos y estrechos en materias en las que sólo el sano criterio del Juez, con vista de la individualidad del caso, puede dar la solución justa para el hecho de que se trate, ha

dejado aquí amplio campo á la iniciativa de los Tribunales, cuando precisamente podía haberse adoptado una regla concreta. Así, el Código civil prusiano establece que el hijo ilegítimo puede pretender el ser mantenido y educado por su padre, pero sin que deba superar lo que el padre gaste en cumplir estas obligaciones á lo que gastaría una persona de la comarca ó del bajo estado burgués.

Lo menos que se puede exigir al Código, ya que el sistema Dios lo dé, es la precisión y la claridad en sus mandatos, puesto que los términos vagos y las ambigüedades sólo aprovechan, según la experiencia enseña, á rábulas concupiscentes y á litigantes de mala fe. ¿No podía haber fijado el Código en este punto los alimentos naturales, por ejemplo, en el jornal de uno ó dos braceros? No vemos razón que á ello se oponga, y deploramos la redacción del artículo.

Es cierto que también en los alimentos naturales los padres están obligados á costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio; pero esto, que á primera vista parece una magnánima generosidad del Código, dado su criterio para con los *demás hijos ilegítimos*, no pasa, en nuestro concepto, de ser un tejido de incongruencias, como seguidamente tratamos de demostrar. En efecto; nótese que en los alimentos civiles, los padres están obligados á dar también educación é instrucción al alimentista cuando es menor de edad, sin limitaciones y sin distingos de ninguna especie, de donde se deduce que esta educación é instrucción han de suministrarse según la posición social de la familia, aun cuando el Código no lo dice expresamente en este punto; pues bien, al hablar de los alimentos naturales, dice el Código que éstos comprenden también la instrucción, pero *elemental*. Primera diferencia en la frase: si ella responde á una diferencia de concepto, excusado es todo comentario; si, por el contrario, se ha querido expresar la misma idea, excusado es también insistir en las consecuencias que en la práctica puede producir esta riqueza de locuciones para significar idénticos preceptos.

Además de esa instrucción elemental, los padres vienen obligados á proporcionar á sus hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, según el mismo artículo de que hablamos, la enseñanza de una profesión, arte ú oficio. Es indudable que las palabras *profesión, arte, oficio*, no expresan las mismas ideas; ni el ejercicio de estos distintos modos de la actividad rinde el mismo número de utilidades, ni, por otra parte, la consideración social que alcanzan los que los ejercen es la misma tampoco. Ahora bien; ¿qué criterio da el Código para saber cuándo el padre está obligado á dar una profesión, cuándo un arte y cuándo un oficio? La vaguedad y la indeterminación más extraordinarias reinan en este punto. Adviértase, en primer lugar, que en los alimentos civiles no puede presentarse esta cuestión por que el Código emplea la frase *educación é instrucción*, y por otra parte, el criterio de la posición social de la familia vendrá á resolver las dudas que puedan ocurrir; pero en los llamados alimentos naturales, dado el texto legal vigente, siempre podrá plantearse la cuestión propuesta.

Para resolverla, entendemos que, considerado el espíritu del Código, no puede acudirse al criterio de la posición social de la familia en este caso, porque sobre que tal solución vendría á echar por tierra, en este respecto al menos, la distinción entre los alimentos civiles y los naturales, que tan cuidadosamente ha procurado conservar nuestro Código, según manifiesta su misma Comisión redactora (1), los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, no pueden invocar para nada el auxilio de una familia á la que no pertenecen, puesto que el mismo Código los declara fuera de la patria potestad.

Descartado este criterio, sólo se nos alcanza, para resolver la cuestión dentro del más estricto respeto á los preceptos legales, el de acudir á otros lugares del Código en busca de la norma jurídica aplicable.

(1) Véase la Exposición citada.

Hemos dicho que los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, no están sujetos á la patria potestad; para ellos se constituye una tutela que, como todas, funcionará auxiliada, inspeccionada y vigilada por su correspondiente protutor y su consejo de familia. Pues bien; si al título en que la tutela se reglamenta acudimos en demanda de la solución que buscamos, pronto nos encontraremos con un precepto que dice, que el tutor, en efecto (1), está obligado á alimentar y *educar al menor ó incapacitado con arreglo á su condición*, y con estricta sujeción á las disposiciones de sus padres, ó á las que en defecto de éstos hubiera adoptado el consejo de familia. Nótese que la educación del sujeto á tutela ha de ser *siempre con arreglo á su condición*, si bien deben tenerse en cuenta las disposiciones de sus padres cuando proceda, pues en el caso de que hablamos no se observarán, sino en su defecto, las del consejo de familia. Mas adelante dice el Código que el tutor necesita autorización del consejo de familia para dar al menor una carrera ú oficio determinado, cuando esto no hubiese sido resuelto por sus padres, y para modificar las disposiciones que éstos hubiesen adoptado. De donde se desprende que, según los textos citados, el tutor debe, *en todo caso*, educar al menor *con arreglo á su condición*, y al consejo de familia corresponde, en el supuesto de que sea una carrera lo que se dé al menor, el decidir cuál sea ésta.

Pero, ¿ha de ser oficio, arte ó profesión lo que al menor se costee? Esto lo dirá la condición del menor, según preceptúa nuestro Código civil (2). Ahora bien: ¿cuál es la condición del ilegítimo, en quien no concurre la legal de hijo natural, que sólo cuenta con los auxilios sucintamente necesarios para la subsistencia? La más triste y la más desamparada, de tal suerte, que sólo concuerda con ella la enseñanza de un oficio, y dentro de éste, de los que no exijan grandes desembolsos.

(1) Art. 264.
(2) Art. 269.

Fácilmente se comprende que, si después de esta investigación volvemos la vista al art. 143, que dió ocasión á ella, no será preciso hacer grandes esfuerzos para convenir en que huelgan por completo en él las palabras que dicen que al hijo ilegítimo no natural se costeará la enseñanza de una profesión, arte ú oficio, puesto que siempre que de estos ilegítimos se trate, sólo la enseñanza de un oficio será lo que cuadrará á su condición social. De este modo, el Código, lo que con una mano concede, quita con la otra, y lo que al parecer sólidamente establece, desvirtúa con otros de sus preceptos; procedimiento que, sobre no ser justo, ofende á las más elementales reglas de seriedad.

Por último; aún sienta el Código otro principio que, como regla general, no podemos por menos de rechazar; es aquel que establece que estos alimentos naturales son debidos *recíprocamente* entre los padres y los hijos ilegítimos de que hablamos.

Jamás se vió que el ofendido por un daño tenga que socorrer al dañador *con motivo del daño mismo;* jamás podrá justificarse que el robado tenga obligación de auxiliar al ladrón *porque con él le ligue el hecho del robo que sufrió.* Sin embargo, nuestro Código así lo establece.

Hemos terminado de decir cuanto nos proponíamos con motivo de la obligación de alimentar de los padres naturales. Si queremos ahora expresar en dos palabras nuestro pensamiento, indicando al mismo tiempo las reformas que en nuestro Código debían hacerse, afirmaremos:

I. Debe borrarse la distinción entre los hijos naturales y los demás ilegítimos, al menos para este efecto, concediéndose á todos los llamados alimentos civiles.

II. Debe recaer esta obligación sobre el padre y la madre solidariamente.

III. Debe suprimirse en el padre ilegítimo el derecho de opción entre satisfacer los alimentos en su propia casa ó en otra forma; sólo son admisibles algunas excepciones que resul-

taran del desarrollo completo de nuestra doctrina, y que más adelante haremos notar.

IV. Debe también desaparecer la reciprocidad que se establece en la obligación de alimentar entre padres é hijos ilegítimos; sólo por excepción es admisible esa reciprocidad en contados casos que indicaremos.

CAPÍTULO III

Reparación del daño causado.—Cuestión previa.—La investigación de la paternidad y de la maternidad, según los principios.—Crítica de los que sostienen la prohibición absoluta en este punto: referencia al Código francés y al Proyecto de 1851.—Crítica de la opinión de Cimbali.

Recuérdese que en el capítulo primero de estos estudios, al hacer la comparación entre los hijos legítimos y los ilegítimos y examinar los daños que á éstos produce el hecho de darles vida fuera del organismo de la familia legítima, de la que reconoce como base el matrimonio de los padres, indicábamos como uno de los más importantes la situación especial en que los ilegítimos se encuentran de no poder ostentar, no ya una legitimidad de que carecen, sino simplemente su filiación, que en todo caso es un *hecho* que, como producto de otros indudables, no puede desconocerse; recuérdese cómo dijimos que el acreditar esta filiación es en el orden del derecho social á manera de cuestión previa, puesto que sin que ésta se acredite, los ilegítimos no pueden emprender pretensión alguna, ni aun solicitar siquiera èsos alimentos llamados naturales que mezquinamente nuestro Código concede y sobre los que hemos expuesto nuestra opinión; y, por último, téngase en cuenta también, para el debido enlace de las materias que vamos exponiendo, cómo, á nuestro juicio, con sobra de razones, afirmábamos que la carencia de un nombre en los hijos ilegítimos,

lejos de ser un mal que produjese simplemente daños inmateriales, podía producirlos en el orden material y económico también.

Ahora bien, si seguidamente examinamos la reparabilidad ó irreparabilidad de estos daños dentro del campo del derecho del Estado, estaremos en condiciones, caso que optemos por la afirmativa, de indicar los principios á que esta reparación debe sujetarse, para estudiar después cómo nuestro Código civil ha traducido en preceptos las conclusiones que la ciencia del derecho establece.

Y que este daño es reparable no puede ofrecer duda alguna, en primer lugar, por una razón de congruencia, puesto que sería absurdo demostrar que el ilegítimo tiene un incontrovertible derecho á los alimentos para luego negarle aquello que es indispensable para que este derecho pueda ejercitarse, ya que, sin acreditar previamente la filiación, no es lógico invocar ésta para consecuencia alguna jurídica. Pero por si esta razón no pudiera ser bastante convincente, aun podemos acudir á los principios generales del derecho á este punto aplicables. En efecto; no se trata aquí de que el padre realice un acto ó preste un servicio, para cuya debida efectuación se exija una cierta posición de la voluntad del obligado, á lo cual, como en otro lugar hemos dicho, el Estado no podría en buenos principios constreñir; ni siquiera se trata de una obligación de dar en la que al fin existe el servicio ó el acto, si desde cierto punto de vista se considera, aunque en rigor no haya en ellas más, como dice muy acertadamente el Sr. Giner (1), que un verdadero deslinde de patrimonios que aparecen confundidos; trátase simplemente de acreditar un *hecho*, el de la filiación, para lo cual importa poco el consentimiento del padre, ni el estado de su voluntad, puesto que su concurso no es necesario. Claro que el padre podrá en todo momento oponerse á que ese *hecho* de la filiación sea tenido por cierto, y para ello aducirá las pruebas

(1) Op. cit.

que estime oportunas, alegando hechos nuevos ó tratando de desvirtuar los alegados; pero si al fin se demuestra que el *hecho* de la filiación es cierto, así quedará establecido por la fuerza misma de la verdad y sin que precise cooperación alguna de su parte.

No vemos, pues, razón que se oponga á la reparabilidad del daño de que hablamos.

Podrá decirse que por efecto de la prevención existente contra los ilegítimos, esa reparación del daño que nos ocupa, si no en todos, en muchos casos, en vez de ser tal reparación viene á producir nuevos males, puesto que pone de manifiesto, al par que la filiación del ilegítimo, su ilegitimidad, y, por por otra parte, que el nombre de los padres puede ser una mancha en vez de una ayuda. Pero sin negar nosotros que estos casos pueden presentarse, entendemos que semejantes consideraciones no pueden conducir á declarar la irreparabilidad del daño de que hablamos. En efecto; habrá casos, como aca bamos de indicar, en los que el ilegítimo sufra un verdadero perjuicio al hacerse público que es hijo de determinado individuo, bien porque éste sea una persona deshonrada á los ojos de todos, bien porque la clase de unión á que deba su existencia sea de aquellas cuyos efectos aun las preocupaciones sociales reinantes hacen extender á las personas de los hijos para su detrimento y daño, por ejemplo, ciertas uniones incestuosas. Pero junto á estos habrá otros muchos casos en los que tal cosa no ocurrirá, sino que, por el contrario, el nombre de los padres, por ser ilustre, honrado y limpio de otra falta que la que cometieron al dar vida al ilegítimo, venga á ser un verdadero auxilio, del que no hay razón para privar al ilegítimo.

Nótese, además, que el derecho suministra medios sobradísimos para que la investigación de la paternidad y maternidad se realice y puedan derivarse de ella todos los efectos, menos el de la publicidad, que en perjuicio de los hijos puede redundar. Pero, sobre todo, la razón fundamental que tenemos para declarar reparable este daño, á pesar de las objeciones expues-

tas, es el reconocer, como no puede por menos de reconocerse, que el único competente para decidir en cada caso concreto, si la publicidad de la filiación puede ser un bien ó un mal, es el hijo, y no otra persona. Es esta una cuestión que afecta á la esfera inmanente de su derecho, y en ella, ni á título de protección, ni por algún otro concepto, puede autorizarse ingerencia alguna del Estado social en los casos en que la persona que se va á regir á sí misma no haya demostrado por otros hechos exteriores que carece de la capacidad suficiente para ejercer estas funciones inviolables. Siendo, pues, esta una cuestión que en la esfera inmanente del derecho individual debe ser resuelta, el Estado, si quiere acomodarse á los principios de justicia, debe poner al alcance de esa esfera inmanente la condición que es necesaria y respetar luego la autarquía individual, en tanto no se acredite que la persona de que se trate carece de una completa capacidad y necesita de una tutela, que de otra suerte no puede encontrar justificación.

Demostrada ya la reparabilidad del daño, los principios sentados fácilmente nos dan las conclusiones que en este punto pueden establecerse. En mi concepto, el punto capital en esta cuestión de la investigación de la paternidad y maternidad, está en este problema previo que acabamos de resolver: hágase la afirmación de que el daño causado es irreparable dentro del campo del derecho del Estado, y huelga todo debate; pártase, por el contrario, del principio de la reparabilidad del daño y la doctrina jurídica en este punto se presenta clara, incontrovertible, derivándose de las verdades demostradas, como las aguas corrientes del manantial que las produce. He aquí por qué nunca encareceremos bastante la importancia que reviste el poner en claro esa cuestión previa de la reparabilidad ó irreparabilidad del daño causado, á la que los autores no dedican, en mi concepto, la atención que merece.

Ahora ya, para sentar nuestra doctrina en la materia que nos ocupa, nuestra labor está exenta de dificultades. Partimos del daño causado, cuya realidad dejamos demostrada en el ca-

pítulo primero; vimos del mismo modo que era perfectamente imputable, acabamos de probar que es reparable; la responsabilidad, pues, puede hacerse efectiva sin necesidad de acudir á nuevos principios, puesto que nuestro mismo Código civil consigna que (1) el que por acción ú omisión causa daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado. ¡Lástima que reconociendo nuestro Código la existencia de obligaciones que nacen de culpa ó negligencia, y sentando el principio dicho, reduzca á tan limitado número de casos la esfera de su virtualidad y no la amplíe á otros, desconociendo de esta suerte el contenido real de la materia que reglamenta!

¿Cómo debe ser esta reparación que á los ilegítimos es debida? La realidad del daño mismo, su extensión ya conocida y su reparabilidad, nos dan la clave en este punto. El ilegítimo, ¿no ostenta filiación alguna? Debe, pues, permitírsele que la investigue: el ilegítimo carece de un nombre, un nombre debe dársele, puesto que, según derecho, le corresponde.

Somos, pues, partidarios de la llamada investigación de la paternidad y de la maternidad, las que propiamente no son tales investigaciones, por lo que nos parecía acertadísimo que tal denominación se desterrase del tecnicismo de los Códigos y de los autores. Si las cuestiones de palabras suelen carecer de importancia y no son dignas de ventilarse en una obra que de seria presuma, cuando esta diversidad de vocablos no acusa simplemente un diferente gusto literario, sino que responde á ideas y conceptos distintos, la cuestión toma cuerpo y se hace digna de ser resuelta para terminar de una vez con una serie de argumentos que sólo en palabras se fundan, y que á no haberse puntualizado lo suficiente, deben la adhesión que de muchos disfrutan.

Algo de esto ocurre en la cuestión que nos ocupa. Atácase por muchos (y seguiré empleando la denominación aceptada)

(1) Art. 1902.

la libre investigación de la paternidad fundándose en el inmoral y hasta repugnante espectáculo que ofrece un hijo que públicamente investiga quién es la persona que le dió el sér. Pero, yo pregunto: en estos pleitos de filiación, ¿se *investiga* propiamente la paternidad? La *investigación*, ¿no está ya hecha cuando el pleito comienza? En mi concepto, la respuesta es bien sencilla; no se trata en estos litigios de investigar en público ni en privado paternidad alguna; la investigación ya particularmente está hecha por el hijo, pues sólo después de haberla hecho y de constarle su certeza, es cuando se decide á emprender el pleito, en el cual sólo se trata demostrar la verdad de un hecho, de acreditar la paternidad y la filiación. Debían, pues, llamarse estos pleitos, en vez de pleitos sobre investigación de paternidad, pleitos en los que se trata de *acreditar* el hecho mismo de la paternidad. Véase, pues, cómo esta no es una simple cuestión de palabras, y cuánta importancia tiene el fijar el exacto sentido de las que se empleen, para evitar de esta suerte que en la materia que estudiamos surjan las opiniones como la grama en descuidada viña.

El principio del daño causado nos mueve, pues, á admitir con todas sus consecuencias la libre investigación de la paternidad; y como quiera que aquí pueden reproducirse todas las razones que dábamos para demostrar que la obligación de alimentar al ilegítimo debe recaer igualmente sobre el padre y la madre, y más todavía, que en ellos esta obligación se presentaba con los caracteres de la más perfecta solidaridad, síguese que en la materia de investigación de que hablamos, no procede hacer distinción alguna, y que, por consiguiente, las mismas razones existen para la de la maternidad que para permitir que la paternidad sea investigada.

De igual modo, así como al hablar de los alimentos combatíamos la distinción de hijos naturales y de hijos ilegítimos en los que no concurre esta condición legal, para el efecto de conceder á unos los llamados alimentos civiles, y á otros los llamados naturales, puesto que afirmábamos que el daño era

igual para todos, y que, por consiguiente, igual debía ser la reparación; así también ahora, reconociendo que el daño que nos ocupa por igual afecta á todos los ilegítimos, fuerza nos es concluir que tampoco responde á ninguna racional exigencia el distinguir entre las diferentes clases de hijos ilegítimos para prohibir á unos lo que á otros sea permitido.

A estas conclusiones llegamos partiendo de los principios propuestos; la investigación de la paternidad y la de la maternidad debe permitirse; todos los ilegitimos pueden ejercer por igual este derecho.

Al llegar á este punto confesamos que, á pesar de la firmeza de las convicciones adquiridas en nuestro estudio, una duda nos asalta y un temor se apodera de nuestro ánimo: ¿habremos ido demasiado lejos? ¿Habremos olvidado en nuestra investigación las relaciones que puedan existir entre los principios sentados y otros de orden superior, y, al olvidarlas, habremos desconocido limitaciones que la moral puede imponer ó que el mismo orden jurídico, más ampliamente considerado, puede aconsejar? Con este natural temor, pero al mismo tiempo, confiados en la virtualidad de los principios sentados, de cuya eficacia, hasta ahora al menos, no nos es lícito dudar, entramos, para dejar aun más sólidamente cimentada nuestra doctrina, á examinar los argumentos en que se apoyan los que sostienen opiniones contrarias.

Ya el proyecto del Código civil de 1851 decía en su artículo 127: «Se prohibe, en todo caso, la investigación de la paternidad y de la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio»; y cito este proyecto de Código con preferencia á todo otro texto legal, por ser el que sostiene opinión más radicalmente opuesta á la que sustentamos, porque el Código francés, que dió la pauta en esta materia, y que fué copiado por otros muchos del continente europeo, no llegó á tal extremo, á pesar de la reacción que significaba contra los abusos cometidos al decir de los autores, puesto que si bien prohibía la

investigación de la paternidad (1), permitía, en cambio, que la maternidad se investigase (2).

Y ciertamente podrá parecernos y nos parece desde luego injusto el precepto transcrito del proyecto del 51; pero visto y demostrado anteriormente que no es lícito establecer preferencias á favor del padre en este punto, puesto que el daño igualmente que á la madre le es imputable, fuerza nos es reconocer que sus conclusiones son más lógicas que las del Código francés desde su especial punto de vista.

El proyecto del 51 tuvo un celoso defensor en nuestro excelente García Goyena; él cooperó á su formación, como el señor Manresa ha cooperado á la del Código vigente; por eso, la autoridad de García Goyena, en todo lo que se refiere al proyecto del 51, es muy digna de tenerse en cuenta, porque ella nos da á conocer su espíritu y su verdadero sentido. Oigamos, pues, á este reputado jurisconsulto:

«¿Cómo, se pregunta, (3) un mismo delito, cometido por dos personas, puede ser castigado en una y recompensado en otra?» Y contesta: «mujeres impudentes que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro, sobre el ardor é inexperiencia de la juventud, como sobre la debilidad de la vejez, y á veces, como yo he visto, sobre la imbecilidad ó mengua intelectual de algún desdichado, escandalizan todos los días al público y á los Tribunales clamoreando un honor, que jamás conocieron, y pidiendo reparaciones pecuniarias, la sola causa y único objeto de su pretendida seducción; porque es muy notable que jamás se dejan seducir por un pobre».

«La paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio; en la imposibilidad de obtener este signo ó sello natural se ha recurrido al sello social y legal del matrimonio; y precisa-

(1) Art. 340.

(2) Art. 341.

(3) García Goyena, *Concordancias, motivos y Comentarios del Código civil español*, tomo 1.°, pág. 142.

mente, fuera de éste, se pretendería forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad.»

Y á seguida, hablando de la investigación de la maternidad, dice: «el art. 341 del Código francés la admite habiendo un principio de prueba por escrito; pero la rechaza cuando de la investigación haya de resultar la prueba de un incesto ó adulterio, porque—y copia los motivos del Código francés— *no debe permitirse á un hijo que dañe á la reputación de su madre, que es el más preciado de todos los bienes para una mujer virtuosa. Cuanto más proteja la ley el honor de las mujeres, tanto más celosas y altivas se mostrarán ellas por conservarlo*».

Pero estas razones no convencen á Goyena, quien, siendo lógico desde su punto de vista, se pregunta en presencia de los motivos del Código francés y de los preceptos que establece: «¿Pero no daña un hijo la reputación de su madre en todos los demás casos? ¿No se hace pública una fragilidad que el pudor había procurado tener encubierta? ¿No se convierte por este medio á la madre en objeto de vergüenza y de desprecio? Si es soltera, se la inhabilita para aspirar al honroso título de esposa; si lo es ya después de su debilidad ignorada, ¿cómo permitir que se lleve el deshonor y la desolación á un matrimonio feliz y tranquilo? Todos estos gravísimos escándalos é inconvenientes tendrán lugar, aun cuando el pretendido hijo sucumba en la demanda; el honor de la mujer es como el cristal, que se empaña con un soplo, y la ejecutoria será impotente contra las prevenciones desfavorables de la opinión pública y particular por resultas del juicio.»

«Es, pues, aplicable á todos los casos la juiciosa observación de los motivos del Código francés, antes transcrita; el pudor puede sobrevivir á una fragilidad secreta: respetemos este sentimiento delicado, que debe ser muy vivo y fuerte, cuando hace callar el vivísimo de la ternura maternal. Contra estas consideraciones importa poco decir que la maternidad es un hecho físicamente cierto y susceptible de pruebas positivas; la investigación de la paternidad, limitando su derecho y ejercicio

al hijo, carece de todos los inconvenientes mencionados, y sin embargo, no se permite, aun cuando haya un reconocimiento expreso del padre en un instrumento privado.»

Reflexionemos ahora sobre las consideraciones que fielmente hemos reproducido del ilustre García Goyena. En primer lugar, debe notarse, según indicamos antes, que el criterio de nuestro tratadista comentando el proyecto del 51, es más lógico que el del Código francés, y además, que en sus palabras se encuentran condensados los argumentos que contra la investigación de la paternidad y de la maternidad suelen emplearse, sin que fuera de lo que en ellos se afirma se aduzcan por los autores otras razones de importancia, al menos que nosotros conozcamos.

Entrando ya de lleno en el examen de la cuestión, podemos reducir á dos los puntos en que se apoya la opinión que combatimos.

La investigación de la paternidad debe prohibirse, primero, porque existen mujeres impudentes, que después de haber especulado con las gracias de su cuerpo, tratan de obtener una reparación pecuniaria so pretexto de investigar una paternidad que no existe; y segundo, porque la paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio, y sería forzar la naturaleza misma el pretender descubrirlo.

Nada más falto de fuerza para la cuestión que nos ocupa, en mi concepto, que los dos argumentos que acabamos de exponer. Lo que desde luego puede llamar la atención del que serenamente estudie la materia, es la lamentable confusión en que desde hace tanto tiempo se viene incurriendo, lo mismo por los que defienden la libre investigación de la paternidad, que por los que reclaman una prohibición absoluta, respecto de los daños que se derivan del hecho de la concepción por nosotros examinado. Cierto que este hecho (y ya lo indicábamos en otro capítulo) puede producir consecuencias que lleven consigo la necesidad de una reparación, no sólo en la persona del ilegítimo, sino también en la de su madre. Ni esto se ha puesto

en duda por nadie, ni nosotros osaremos negarlo. Pero ocurre en este punto que los juristas, rindiendo, quizá sin darse cuenta, un excesivo acatamiento al antiguo aforismo que afirma, que *la madre siempre es cierta*, al considerar al hijo ilegítimo, parece como que ven en él algo que no se puede separar de su madre, algo accesorio que carece de sustantividad propia, y del mismo modo, al volver los ojos á la madre no pueden concebirla sin esa especie de agregado que forma con ella un todo común. Resulta de aquí, que cuando tratan de investigar el daño causado para los efectos de su reparacion, estando confundidas las personas en quienes el daño se produce, el daño mismo aparece como algo común que por igual afecta al hijo que á un padre, sin que en el uno se deje sentir con más fuerza que en la otra, y sin que, dado este erróneo punto de partida, se pueda apreciar la realidad de ese daño y su contenido que es sin duda vario y que, bien examinado, nos ofrece daños particulares que no pueden confundirse por ser distintas las condiciones que vienen á negar y las personas á quienes son negadas.

Es decir, ocurre á los juristas en este punto, y lo expresaré valiéndome de una comparación, lo que ocurriría al que desde una respetable distancia observase un paisaje ó al que lo contemplara á la caída de la tarde de un día de otoño; no apreciaría los contornos, las tintas se oscurecerían, y mezclándose unas con otras mostraríanse á la retina con una monotonía que realmente no tienen; los objetos grandes tornaríanse pequeños y los pequeños pasarían inadvertidos, perdiendo todos, en una palabra, algo de su individualidad en aras del conjunto, y dando, en fin, una impresión falsa.

Pues bien: en el supuesto que combatimos existe la confusión dicha. Lo primero á que debe atenderse, y nunca insistiremos bastante sobre este punto, ya que de aquí arrancan consideraciones aceptadas por muchos contra la libre investigación de la paternidad, es á deslindar perfectamente el daño que á la madre se causa del que el hijo experimenta. Cierto que los dos proceden de un mismo hecho, pero se dan en per-

sonas distintas y además son de diferente naturaleza, puesto que vienen á negar condiciones diversas. La mujer cuando es engañada sufre sin duda un ataque á su honor, se verá también privada durante la cuarentena de ganar para su subsistencia, se la habrá quizá imposibilitado para ser una esposa digna; pero el hijo ilegítimo experimenta otro orden de daños no comparables á éstos, y que por haberlos explicado en otro capítulo, al cual nos remitimos, no hemos ahora de repetir.

Por consiguiente, los daños que al hijo son causados nada tienen que ver con la madre, ni su reparación debe aprovechar á ésta, ni el fundamento de las pretensiones del ilegítimo estriba en que la madre haya perdido su honra mediante engaño, ni, caso que la madre estuviera ya deshonrada antes de la concepción, tiene el ilegítimo peor derecho para exigir que la reparación se realice.

No es esto dejar desamparadas á las muchachas que hayan sido vilmente seducidas por quien, después de logrado su deseo, desconoce los deberes que le incumben; expeditos tienen los medios para exigir, por su parte, la reparación del daño que ellas personalmente sufrieron, y hasta para pedir el castigo del seductor con arreglo á las leyes penales.

Si deficientes son estas leyes, y se entiende que amparan poco á las jóvenes inexpertas que son cogidas en las redes de los hombres viciosos, refórmense en buen hora, pero no se otorguen jamás á estas desgraciadas medios de defensa que no les pertenecen, y que sobre ser para ellas, por regla general, ineficaces, vienen á ocasionar la indefensión más absoluta de los hijos ilegítimos, cuyos derechos no pueden desconocerse.

Son, pues, distintos los daños sufridos por la madre y por el hijo; las reparaciones deben ser diferentes también, puesto que á los daños se han de contraer para ser justas.

La base de toda esta confusión y lo que ha dado motivo para que tal género de objeciones se presente á la libre investigación de la paternidad, es el haberse considerado que la

madre natural podía ser representante de su hijo, y hoy, según nuestro Código, que deba tener, como tiene de hecho en nuestro estado legal, la patria potestad con todas las consecuencias que produce. Ya hemos indicado que no somos partidarios de la patria potestad de los padres naturales; más adelante examinaremos esta cuestión; bástanos por ahora hacer notar uno de los perniciosos resultados que la admisión de tal principio produce.

Establézcase, pues, en las leyes que la madre natural no tiene personalidad para representar á su hijo en ningún acto y mucho menos en la pretensión que tiene por objeto pedir la reparación de un daño de que ella misma fué coautora; dénse las garantías bastantes para asegurar que la reparación del daño causado al ilegítimo no ha de redundar en beneficio de la madre, ni por concepto de usufructo de peculio, ni por derecho á alimentos, ni por otro alguno, y de esta suerte se habrán evitado los peligros de que nos habla García Goyena, y con él todos los que atacan la investigación de la paternidad, y al mismo tiempo habrán caído por tierra los argumentos que en el temor á estos peligros se apoyan.

Esto, por lo que se refiere á la primera parte de la objeción de Goyena; respecto de la maligna extrañeza que le causa el hecho de que en el mayor número de los casos, por no decir en todos, los pleitos de filiación se interpongan contra personas que tienen algún capital, sólo hemos de manifestar que si la autoridad del escritor citado no nos inspirara el respeto que nos merece, tal vez no estaríamos muy lejos de decir que semejante extrañeza no pasa de ser una vulgaridad impropia del talento de su autor. Y la razón es evidente: en los pleitos de filiación no se litiga en rigor, en la generalidad de los casos, por la filiación misma, ni por el nombre, sino por obtener los auxilios que son necesarios para la subsistencia. Por más que hayamos afirmado que el Estado debe dar á los ilegítimos los medios necesarios para que reivindiquen un nombre, no se nos oculta que en la mayoría de los casos los ilegítimos enten-

derán que ese nombre no es un auxilio, sin que por esto renuncien á aquellos medios materiales que sirven para satisfacer necesidades imperiosas; mas como para obtener esos medios materiales han menester acreditar previamente su filiación, de aquí que por medio del litigio aparezcan reclamando ésta con todas sus consecuencias.

Ahora bien; si lo que en el fondo pretenden, con justísimo derecho por cierto, los hijos ilegítimos, son los alimentos y las demás utilidades materiales que las leyes les conceden, ¿es natural, ni lógico siquiera, que vayan á solicitar esos alimentos de quien les consta se halla en la imposibilidad de dárselos, aun cuando sobre él pese la obligación más sagrada de suministrarlos? Ocurre con esto lo que con los pleitos que en el *argot* curialesco se llaman pleitos *por cobro de pesetas,* los cuales jamás se interponen contra gente pobre, siendo, por el contrario, el primer cuidado de todo litigante antes de acudir á los Tribunales el cerciorarse de la solvencia del demandado, por aquello que ya el pueblo ha expresado con esa concisión propia de sus sentencias de que «al que nada tiene, el Rey le hace libre.»

De otra índole ya es el segundo argumento aducido por García Goyena y empleado por todos los que atacan la libre investigación de la paternidad. Consiste en afirmar que la paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio, y que pretender descifrarlo, tanto valdría como forzar la naturaleza misma.

Resulta, desde luego, en semejante modo de discurrir, el censurable *apriorismo* en que se incurre. Trátase aquí de un hecho, la paternidad, que es preciso probar, para que se produzcan todas las consecuencias jurídicas: pues bien; los escritores que combatimos lo declaran siempre, y en todo caso, absolutamente imposible de probar. Basta enunciar el argumento en la forma que acabamos de hacerlo, para que podamos apreciar la escasa fuerza que tiene, y es necesario enunciarlo así, de un modo terminante y preciso, para ver su ver-

dadero alcance; pues si nos contentamos con admitir ese gárrula palabrería tan repetida, que habla del velo impenetrable con que la naturaleza ha cubierto todo lo que á paternidad y filiación se refiere, y no la desmenuzamos indagando si alguna idea seria va en ella contenida, la cuestión quedará siempre en pie y el argumento seguirá teniendo fortuna y convenciendo á gentes que de aparatosas exterioridades se fían, porque su pereza intelectual no les permite, sin duda, emprender más delicado análisis.

¿Qué se quiere, pues, decir cuando se afirma que la paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio? En mi concepto, estas palabras, ó nada significan, ó significan un gran dislate. En efecto; para que esas palabras pudieran convertirse en argumento poderoso contra la libre investigación de la paternidad, era preciso que significasen, como antes indiqué, que ésta es un hecho *absolutamente imposible* de probar, siempre y en toda ocasión, y ésta no ha sido seguramente la intención de sus autores, puesto que, al mismo tiempo que tal afirmación hacen, admiten como precepto justo aquel que en el orden penal establece que el estuprador esté obligado á reconocer la prole.

Si, pues, no se sostiene la *absoluta imposibilidad* de demostración del hecho de que tratamos, como en buenos principios no puede sostenerse, puesto que por ser hecho humano ha de haber sido realizado con medios materiales, ya que transcendió de la esfera del pensamiento, y rastro externo de su existencia, grande ó pequeño, habrá al fin dejado, hemos de convenir en que las palabras mencionadas nada significan en la cuestión que nos ocupa.

A lo sumo pueden indicar que la prueba de la paternidad es en la práctica más difícil que la de otros hechos, desde luego mucho más que la de todos aquellos en los que las partes que intervienen han tenido buen cuidado de acomodarse á las formalidades señaladas por la ley, para constituir la prueba preestablecida, lo cual nadie ha puesto en duda. Pero deducir de

estas dificultades de prueba que la investigación de la paternidad debe prohibirse, valdría tanto como afirmar que no deben perseguirse los delitos contra la propiedad, porque su prueba no es tan clara como la venta de un inmueble hecha ante Notario público.

Mucho puede perjudicar á una persona un pleito de filiación que se le interponga; pero entendemos que muchos más perjuicios experimentará cuando contra él se dirija una causa criminal por un grave delito; y, ¿qué hace el Juez en este último caso? Todos lo sabemos: seguir el procedimiento adelante; pero es que el delito es difícil de probar, es que tal vez el Juez vacila sin creer en la culpabilidad del procesado, ni tampoco en su inocencia; ¿qué hace entonces?: dictar sentencia siempre, la ley no le permite excusarse de fallar; ahora, que si la duda se arraigó en su ánimo y no vinieron á los autos pruebas plenas, sean de la clase que quieran, la sentencia será absolutoria. Y sin necesidad de acudir al campo del derecho penal, ¿cuantas veces en los mismos litigios civiles los hechos de que los derechos se derivan aparecen dudosos, dificilísimos de probar? Y por que esto ocurra, ¿se impone *a priori* perpetuo silencio á la parte que la certeza de ese hecho sostiene, privándole así de los derechos que en justicia le corresponden? Todo lo contrario; podrá exigirse, en contados casos, que para los efectos respecto de tercero se cumpla con determinados requisitos, y esto producirá consecuencias que, sobre ser de todos conocidas, no es ahora ocasión de examinar; pero, en general, en el orden del derecho civil no es nunca condición precisa para ejercitar la acción que uno cree asistirle el que previamente conste la certeza del hecho de donde el derecho se deriva, pues su demostración será objeto del período de prueba, en el cual la parte libremente escogerá los medios que sirvan á acreditarlo, sin que las leyes tengan autoridad para decir que tal orden de hechos no son en absoluto susceptibles de prueba.

Otra cosa podrá decir la ley, y nótese la diferencia para no

incurrir en errores; en muchos casos, con sobradas razones, los Códigos establecen que sobre tales ó cuales hechos no se admitirá prueba alguna; pero esto es distinto de lo que se sostiene por los que atacan la libre investigación de la paternidad. Como hemos dicho, los escritores que combatimos se fundan en que el hecho de la paternidad es improbable; pero los Códigos, al imponer semejantes prohibiciones, tienen en cuenta consideraciones de otra índole que de todos son conocidas. Así, por ejemplo, las leyes penales que establecen la edad de la responsabilidad criminal á los nueve años, y sientan el principio de que el menor de esta edad estará exento de dicha responsabilidad, no admiten prueba alguna que tienda á demostrar que un menor de nueve años obró con discernimiento; y ciertamente, nadie podrá negar que el dicernimiento de un menor de nueve años, cuando realmente exista, es un hecho que puede comprobarse á cualquier hora. Del mismo modo, al decir los Códigos penales que, por regla general, al procesado por el delito de injurias no se le permitirá prueba que tenga por objeto acreditar la certeza de sus palabras injuriosas, tampoco se inspiran, en verdad, en la consideración de que los hechos denigrantes imputados á una persona no puedan ser susceptibles de prueba. Son otras, pues, las razones en que las leyes se fundan para decir en ciertos casos que sobre determinados hechos no se admitirá prueba alguna.

Las leyes no han clasificado hasta ahora los hechos en dos grupos, afirmando que unos pueden probarse y otros no, lo cual no dejaría de ser una arbitrariedad: las leyes deben reconocer que todos los hechos, por la mera razón de haber sido ó de ser actualmente, pueden acreditarse, de ésta ó de la otra manera, más ó menos difícilmente, pero nunca negarles, si vale la palabra, la entrada en el campo del derecho; pues como quiera que el hecho en tanto tiene vida dentro del orden jurídico, en cuanto está probado, si á tal linaje de *apriorísticas* prohibiciones se llega, la consecuencia será que el derecho, forma total de nuestra actividad, quedará divorciado de la vida

y no comprenderá toda la realidad, pues habrá actos que, siendo en la realidad, no lo serán para el orden del derecho.

Entiendo, pues, que no puede justificarse en buena lógica una excepción de los principios sentados para el sólo hecho de la paternidad.

Frente á esta radical tendencia que aboga porque en absoluto se prohiba la investigación de la paternidad, está la que entiende que dicha investigación debe permitirse, por regla general, pero fijándose condiciones previas sin las cuales no debe reconocerse este derecho en los ilegítimos. Hemos indicado que aceptamos el principio de la libre investigación de la paternidad con todas sus consecuencias, y conocida esta opinión nuestra, ocioso es el decir que no estamos conformes con esa tendencia intermedia, que con apariencias de radical no lo es tanto como á primera vista pudiera parecer. Es cierto que tal como suele enunciarse puede hacer creer á muchos que ampliamente admite el principio de la investigación, por cuanto afirma que debe permitirse por regla general, pero este amplio criterio que parece animarla está solamente en su fórmula de enunciación y no en su contenido; formúlese diciendo que la investigación de la paternidad *sólo* se permitirá cuando se den determinadas circunstancias, y sin haber alterado las ideas tendremos enunciada una doctrina á todas luces restrictiva acerca de la materia que nos ocupa.

El ilustre Cimbali ha sostenido este criterio en su celebrada obra *La nueva fase del Derecho civil* (1), y otros escritores han seguido este camino (2) aceptando las conclusiones sentadas por el malogrado civilista.

No estará, pues, demás el exponer las opiniones de Cimbali, ya que su autoridad y el interés con que trata la materia lo recomiendan como uno de los principales mantenedores de la tendencia indicada.

---

(1) Traducción española.

(2) Miraglia, Cavagnari, etc.

Parte Cimbali, al hablar de la investigación de la paternidad, del daño causado, como nosotros lo hemos hecho, sólo que nosotros hacemos derivar todas las relaciones entre padres é hijos ilegítimos sólo del daño realizado, y Cimbali se aparta de ese principio en otros lugares de su obra para llegar á hacer afirmaciones que, procediendo lógicamente, no podemos por nuestra parte admitir.

Partiendo, pues, del daño, dice, que el que lo causó voluntaria ó involuntariamente debe responder de él, y que este principo es el que debe aplicarse á la investigación de la paternidad; la cuestión está en las dificultades de prueba, pero ésta, afirma el mismo Cimbali, no es causa para negar el derecho, como el temor al abuso tampoco debe serlo. Lo que hay que pedir es que se establezcan por las leyes condiciones y garantías bastantes.

Se admite como indudable la relación de paternidad en el caso de rapto en Francia y en los de rapto y estupro violento en Italia, y siempre cuando el padre reconoce al hijo; pues bien, ¿por qué no admitirla también en otros casos en que los hechos hablan tan elocuentemente como en los anteriores?

Debe, pues, admitirse, concluye, en regla general, la investigación de la paternidad; deben fijarse condiciones, y cuando éstas faltan, prohibirse. Pasa después el autor citado á fijar cuáles son ya concretamente esas condiciones, y entrando en su enumeración y examen, las reduce á las siguientes:

Primera, cuando exista escrito indubitado del padre; si es público, producirá efecto por sí mismo; si es privado, necesita de la palabra del Magistrado que le dé fuerza y autoridad. Segunda, cuando medie posesión de estado.

En estos dos casos se puede decir que es el padre mismo el que ha hablado y el que ha reconocido tácitamente la relación de paternidad.

Hay otros casos en que son los hechos mismos los que hablan, pero tan elocuentemente, que no puede desconocerse en el hijo el derecho á investigar su filiación. Estos casos son:

primero, el de seducción; la mujer ha de ser menor de edad, inexperta y honesta, y el hombre ha de haber usado de engaños ó maneras fraudulentas, de abuso de autoridad ó de superioridad, siendo la forma más corriente del engaño la promesa de matrimonio; segundo, el caso de concubinato ejercido *more uxorio*, ó sea el de la custodia del vientre de que habla la jurisprudencia italiana al que en otro lugar nos hemos referido; tercero, el caso de matrimonio puramente religioso, que si frecuente en Italia por razones particulares, no lo será en España mientras esté en vigor el art. 42 del Código civil, aun cuando no sea absolutamente imposible, dados los efectos que en ciertos casos produce la falta de inscripción del matrimonio canónico.

Respecto de la prueba, afirma Cimbali que debe limitarse la testifical, salvo en aquellos casos en que sea indispensable ó exista el principio de otra por escrito.

Reflexionando ahora sobre las conclusiones á que el eminente jurisconsulto italiano llega, nótase, en primer término, que en vez de la precisión que á primera vista parecen tener, encuéntrase en ellas una vaguedad extraordinaria que deja completamente en pié el asunto que se discute. En efecto; no puede sustraerse el eminente Cimbali á la influencia de la antigua doctrina, que limitaba, ó por mejor decir, anulaba los derechos del ilegítimo por las dificultades de prueba del hecho de donde arranca, y *a priori* tácitamente declara que este hecho sólo podrá ser probado cumplidamente cuando concurran las condiciones que fija.

Es, sin duda alguna, una prueba por presunciones, la que Cimbali establece, especialmente en los casos en que, según dice, son los hechos mismos los que hablan; pero siendo una prueba por presunciones, entiendo que fácilmente podrá ser combatida por los que atacan la libre investigación de la paternidad, pues ni en los casos citados los hechos que van á servir para probar el que se discute, ofrecen los caracteres de certeza que son exigibles, ni, por otra parte, guardan con él ese

íntimo enlace necesario para que el convencimiento surja.

Así, en el caso de seducción, es requisito indispensable que la mujer sea *menor de edad, inexperta* y *honesta*; pase lo de la minoría de edad, lo cual siempre podrá comprobarse por la inscripción en el Registro; pero, ¿no es verdaderamente anómalo que para demostrar la certeza de un *hecho* se acuda á la certeza de dos *cualidades*, la inexperiencia y la honestidad, que á su vez han de necesitar prueba? ¿No es infinitamente más difícil demostrar que tal persona posee tal ó cual cualidad, que no que tal hecho se ha realizado? Véase, pues, cómo, huyendo de las dificultades que puede ofrecer la prueba de un hecho, se vienen á suscitar otras, en mi opinión, mucho mayores. Añádase á esto lo violento que tiene que resultar en muchos casos esta demostración previa que el hijo haga de la honestidad é inexperiencia de su madre, y podrán apreciarse todas las consecuencias que lleva consigo esta conclusión de Cimbali.

Por otra parte, el caso de concubinato ejercido *more uxorio*, por más que sea un hecho que puede ofrecer los caracteres de la más absoluta certeza, ¿guarda con el que se trata de probar ese enlace preciso y fortísimo que es indispensable, de tal suerte, que excluya la posibilidad de que la mujer haya tenido contacto carnal con otro hombre distinto de aquél á quien la paternidad se imputa? Evidentemente no; esta posibilidad no se excluye ni aun en el matrimonio; por donde se ve cómo no consigue su objeto el procedimiento que consiste en señalar *a priori* los modos cómo la paternidad debe probarse.

Respecto de la prueba, ya hemos dicho que, según Cimbali, debe limitarse la testifical, salvo cuando existe principio de otra por escrito, ó *sea indispensable*. La vaguedad de esta importante afirmación se advierte desde luego, así como las dificultades que ofrecería el traducir en preceptos legales su intención y sentido.

Es, por último, un notable vacío que se nota en la doctrina á que nos referimos, el no decir cómo se ha de probar esa promesa de matrimonio, forma la más frecuente de la seducción.

Pero, prescindiendo de las consideraciones que puede sugerir cada una de las afirmaciones concretas de Cimbali, la cuestión, á mi modo de ver, está en otro punto. Conviene no olvidar que la tendencia intermedia que ahora examinamos difiere de la que aboga por la prohibición absoluta, en que ésta declara en absoluto imposible de ser probado el hecho de la paternidad, y la primera afirma que puede probarse, pero sólo cuando concurran determinadas circunstancias. Pues bien; la cuestión debe plantearse en estos términos: ¿puede el Estado, respecto del hecho de la filiación, determinar formas á las cuales deba acomodarse su prueba, y sin cuya concurrencia le sea lícito negar racionalmente los derechos que de él se derivan? En nuestra opinion, la respuesta no puede por menos de ser negativa, y siéndolo, y mostrándose los fundamentos en que se apoya, quedarán demostrados los errores que contiene la tendencia sustentada por Cimbali.

Es indudable que existen materias en las que el Estado puede fijar condiciones, á las cuales han de someterse los particulares al realizar los hechos, si quieren después encontrar en el orden jurídico que el Estado social mantiene la debida protección á sus derechos. Tal ocurre, por ejemplo, cuando nuestro Código civil, inspirándose en motivos de orden público, y en el respeto que merece la seguridad de la propiedad, preceptúa que los contratos que recaigan sobre bienes inmuebles, han de otorgarse precisamente por escritura pública (1). Pero, nótese bien, esta necesidad de la escritura pública atiende á los efectos respecto de tercero y á la aptitud en que, después de llenadas esas formalidades, se encuentran las partes para ejercitar sus acciones en juicio, porque el vínculo entre ellas se ha producido, y las obligaciones existen, puesto que nuestro mismo Código declara (2) que si la ley exigiere el otorgamiento de escritura ú otra forma especial para hacer efectivas las obliga-

(1) Art. 1280.

(2) Art. 1279.

ciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente á llenar aquella forma desde que hubiera intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Pero aun admitiendo que la exigencia de la formalidad tuviera, en realidad, más alcance del que tiene, pues ya vemos cómo la misma ley limita los efectos de su ausencia; aun suponiendo que sin esa formalidad las obligaciones no naciesen, siempre resultará, en buenos principios de justicia, y así lo reconocen los Códigos, que para que la ley pueda castigar con una privación de derechos al que deja de cumplir con las solemnidades establecidas, es preciso que aquel á quien se castiga haya estado en disposición de llenarlas, y no lo haya hecho por negligencia, por voluntad ó por otras causas.

El comprador y el vendedor, al celebrar el contrato de compraventa, sabían que la ley exigía la escritura pública; sabían también que á otorgarla podían compelerse desde que el consentimiento intervino; si no lo hicieron, justo es que sufran la sanción que las leyes tienen establecida.

Pues bien; en la materia que nos ocupa, se exigen como condiciones precisas para que la paternidad pueda investigarse dentro de la tendencia que examinamos, el que haya habido seducción, el que la madre sea inexperta y honesta, ó el que haya existido concubinato *more uxorio*, etc.; y yo pregunto: ¿cómo estas circunstancias, completamente ajenas á la esfera de la actividad del ilegítimo, y en cuya existencia ó no existencia no ha tenido participación alguna, pueden, caso de que no concurran, redundar en mengua de sus derechos? ¿Cómo se puede castigar en el ilegítimo una negligencia ó una culpa que no ha tenido? ¿Cómo actos exclusivamente realizados ú omitidos por los padres sin consultar la voluntad del ilegítimo, y sin que éste en ellos estuviera representado, pueden perjudicarle? Tan inadmisible es, en nuestro concepto, esta doctrina, como lo sería la que en derecho penal sostuviese que deben aprovechar al criminal los actos que realice en ocultación de su crimen para los

efectos de anular la acción de la justicia é impedir el descubrimiento del delito.

Y no se nos diga que el ilegítimo en el problema que debatimos es un tercero á quien pueden perjudicar los actos por otros realizados, porque semejante criterio no puede tener aquí aplicación, dado que la relación de paternidad, entre padre é hijo existe únicamente, y la no existencia de las condiciones exigidas por Cimbali sólo á los padres es imputable.

Creemos haber rebatido las opiniones reinantes sobre la investigación de la paternidad; con más motivo que al principio, podemos, pues, afirmar que la única solución aceptable es la que establece la más amplia libertad en esta materia. Echando ya una última ojeada sobre la cuestión, paréceme encontrar en el fondo de todos los criterios examinados un recelo, una desconfianza de los Jueces y Tribunales, y creo ver en las trabas y cortapisas propuestas un remedio contra la parcialidad ó la impericia de los Magistrados. No somos nosotros partidarios de que los Jueces decidan en todo caso *ex æquo ex bono;* pero estamos muy lejos de conformarnos con las limitaciones que cada día se imponen al prudente arbitrio de los Tribunales, especialmente en la apreciación de los *hechos*, dado que éstos revisten una variedad infinita, y la voluntad, al realizarlos, obra influída por muy distintas fuerzas, cuya resultante no es fácil tener prevista en los estrechos moldes de un precepto legal. Pero sea de esto lo que quiera, si de los Tribunales se desconfía, otros son los remedios que deben ponerse; la inamovilidad bien entendida, los recursos de responsabilidad que las partes puedan interponer, la retribución de los Magistrados, las pruebas que de su pericia den, su independencia, en suma, una buena organización del Poder judicial alejará todos los peligros que se temen; pero no se acuda, por Dios, al socorrido expediente de negar derechos sacratísimos, cuyos fundamentos es temeridad el desconocer.

Dejando ya la debatida cuestión de la investigación de la

paternidad, vengamos á la de la maternidad, donde ciertamente no hemos de encontrar la polémica tan empeñada, pues la justicia del principio de libertad hace que éste se vaya abriendo camino victoriosamente.

En este punto no se apela, como en el anterior, á las dificultades de prueba, pues aceptándose el principio de que la madre siempre es cierta, acuden los juristas á otro orden de consideraciones que debemos examinar.

Sabido es que el Código francés permitía la investigación de la maternidad cuando de ella no fuese á resultar la prueba de un adulterio ó un incesto, pues, según se decía en sus motivos, no puede tolerarse que un hijo dañe la reputación de su madre, y hay además necesidad de amparar el honor de las mujeres, pues cuanto más la ley lo proteja, más celosas y activas se mostrarán ellas por conservarlo.

Conviene, en primer lugar, para no dejarnos llevar por frases de relumbrón, preguntar á los que tal afirman: ¿el honor de qué mujeres se va á amparar?; y á poco que se medite sobre esta pregunta, se habrá de contestar que precisamente el de las mujeres que lo han perdido ya. Hecha esta primera observación y entrando en el fondo del asunto, entendemos que la prohibición de que hablamos, lejos de ser un estímulo para que las mujeres conserven su honra, será más bien un aliciente que las empuje á pecar (1), puesto que previamente saben no ha de ser descubierta su falta; como sería un motivo de delincuencia para los que no profesan un firme respeto al derecho, la noticia de que sus crímenes no habían de ser castigados. Por otra parte, ¡desgraciadas de las mujeres que, para conservar su honor, necesitan esos estimulantes de la ley; ellas están próximas á caer! Ni cuadran, pues, al carácter de la regla jurídica social semejantes medidas tutelares,

(1) Así lo reconoce también escritor tan templado como el Sr. Manresa, op. cit., tomo 1.º, pág. 503.

ni es el verdadero honor un bien que tal amparo necesite; pues, como ya dijo nuestro insigne Calderón:

«Es patrimonio del alma
Y el alma sólo es de Dios.»

Pero, ¿qué valor tiene el afirmar que el hijo no puede dañar la reputación de su madre? Según los motivos del Código francés, esa reputación se daña cuando de la investigación va á resultar la prueba de un adulterio ó de un incesto, lo cual, con sobra de lógica, hace exclamar á nuestro García Goyena que la reputación se daña en todo caso, puesto que se hace patente la falta cometida por la madre. Y es evidente, mirada la cuestión desde ese punto de vista, no puede negarse que el buen nombre de la madre padece siempre, siquiera sea mayor el daño cuando el hijo sea incestuoso ó adulterino.

Pero examinada la cuestión fríamente, desde luego se echa de ver el fundamento falso de todas estas consideraciones, pues la raíz del daño que se produce en la reputación de la madre no está en la investigación de la maternidad, sino en la falta que ella misma cometió, de la cual ésta no es sino una consecuencia.

Podrá decirse que, aumentándose el daño con la publicidad, es precisamente el hijo el que está obligado á guardar silencio; pero esta consideración de puro sentimentalismo jurídico, no podemos nosotros admitirla, por cuanto no vemos en las relaciones entre padres é hijos naturales más que las que proceden del daño que á éstos se causa al darles vida. Más adelante será ocasión de demostrar cómo el afecto y el cariño, en una palabra, lo que se ha llamado el *vínculo de la sangre*, no se produce por el hecho de la concepción, razón por la cual no puede tenerse en cuenta para fundar sobre él conclusión alguna. Pero yo quiero suponer un instante que, por regla general, esos vínculos de afecto y de cariño se produzcan por el mero hecho de la concepción; siempre resultará que en los casos concretos en que la madre se niegue á reconocer á su hijo y

éste se obstine en hacer valer sus derechos, que son precisamente los casos de que tratamos, esos vínculos de afecto y de cariño, sea por vía de excepción, ó por lo que se quiera, no pueden invocarse para imponer silencio al ilegítimo, ni para ningún afecto, puesto que su ausencia es evidente.

Abonan, pues, los argumentos de la lógica al criterio de García Goyena y del proyecto del 51, con preferencia al del Código francés, siquiera ninguno de los dos nos convenzan por las razones expuestas. Pero, nótese, y véase en este punto cómo la fuerza de la verdad hace que ésta se imponga, al menos parcialmente, por errado que sea el camino que se emprenda para llegar á ella, cómo el Sr. García Goyena ha venido á parar á declarar la igualdad de todos los ilegítimos en la materia que nos ocupa.

Mucho más podría decirse acerca de la investigación de la paternidad y de la maternidad; no tenemos la pretensión de haber agotado el asunto, sino sólo de haberlo esbozado señalando las líneas generales.

En el capítulo siguiente, dedicado á hacer la crítica de nuestro Código, examinaremos algunas cuestiones más, las cuales, si bien no completarán el cuadro trazado, servirán para ampliarlo en la medida de nuestras fuerzas.



CAPÍTULO IV

La investigación de la paternidad y de la maternidad, según el Código civil vigente: crítica de sus disposiciones.

Entrando ya en el examen de las disposiciones de nuestro Código civil en la materia que nos ocupa, tócanos estudiarlas á la luz de los principios sentados; pero como este solo punto de vista no sería el adecuado, puesto que él nos mostraría únicamente la disparidad existente entre nuestro criterio y el sustentado por el Código, precisa, además, como lo hemos hecho al hablar de los alimentos, estudiar también la interior trabazón, si vale la palabra, de los preceptos legales y ver cómo se conforman, si no á los principios por nosotros sentados, á los que los autores del Código hayan aceptado como buenos.

En desarrollo de la base 5.ª de la ley de 1888, que establece que no se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito ó cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo deliberadamente expresada con ese fin, ó cuando medie posesión de estado, el art. 135 de nuestro Código dice:

«El padre está obligado á reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad. 2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificado por actos directos del mismo

padre ó de su familia. En los casos de violación, estupro ó rapto, se estará á lo dispuesto en el Código penal, en cuanto al reconocimiento de la prole.»

Y más adelante, en el art. 140, al hablar de los demás hijos ilegítimos, establece que el derecho á los alimentos que á éstos asiste sólo podrán ejercitarlo contra los padres, si la paternidad se infiere de una sentencia firme ó si resulta de un documento indubitado en el que expresamente se reconozca la filiación.

En presencia de estos artículos del Código, en donde está contenida toda la materia de investigación de la paternidad, la primera consideración que surge en la mente de quien, sin prejuicios los estudie, es referente al modo como el legislador ha desnaturalizado la institución que nos ocupa, dándole un carácter distinto del que debe tener, en atención al fin que viene á cumplir y á la necesidad que está llamada á llenar.

Recordemos á este efecto que, partiendo del concepto del daño causado, hemos visto que la investigación de la paternidad, como derecho concedido al ilegítimo, no puede tener otro carácter ni servir para más fin que el de reparar el mal que al ilegitimo se causó. Si, pues, la investigación de la paternidad es un remedio que el derecho concede para que en lo posible se borren las consecuencias perjudiciales del acto de ilícito comercio carnal, síguese, como ya indicábamos al hablar de la reparabilidad del daño, que la voluntad del padre no debe en este punto ser consultada para efecto alguno, y que, por consiguiente, toda doctrina que se funde para conceder ó negar la investigación de la paternidad en el estado de esta voluntad, no puede dentro de un recto criterio ser admitida.

Pues bien: échese una ojeada sobre los artículos 135 y 140 de nuestro Código civil, teniendo presente esta sencilla observación que acabamos de hacer, y sin gran esfuerzo, será fácil de comprender cómo, excepto en los casos de delito, los artículos citados se inspiran precisamente en el criterio que combatimos.

Con razón afirma el Sr. Manresa (1) que en los casos de reconocimiento comprendidos en los números 1.º y 2.º del artículo 135 no se impone al padre más que la ratificación de su reconocimiento anterior, expresado en un documento privado ó en los actos que constituyen la posesión de estado de hijo natural, viniendo á ser en último término mera ampliación del art. 131, en que se establecen las formas del reconocimiento voluntario.

Y que no ha movido al legislador para permitir la investigación de la paternidad en estos casos, simplemente la facilidad de la prueba, lo demuestra con sobrada eficacia la exigencia de ese escrito indubitado, del cual no basta que se desprenda la existencia de la paternidad, ni basta tampoco que el reconocimiento en él se haga de un modo tácito, sino que es preciso que en dicho documento la paternidad sea expresamente reconocida.

Por si alguna duda pudiera caber respecto del sentido del artículo, que, aun cuando absurdo, no se puede negar que está claramente expresado, la base 5.ª de la ley de 1888 la disipará por completo con aquellas palabras que emplea al decir que ha de existir la voluntad indubitada del padre de reconocer por suyo al hijo, *deliberadamente expresada con ese fin.* De suerte que, como dice el Sr. Manresa comentando esta disposición legal, no basta la manifestación que incidentalmente haga el padre de ser hijo natural suyo la persona á quien se refiera, y mucho menos el dar á una persona el título y tratamiento de hijo en cartas familiares; estos escritos no son admisibles para la investigación de la paternidad, ni en ellos puede fundarse la demanda para obligar al padre al reconocimiento (2).

De manera que el Código se inspira, al menos esa parece haber sido su intención, para permitir la investigación de la

(1) Op. cit., tomo 1.º, pag. 504.

(2) Manresa. Op. cit., tomo 1.º, pág. 509.

paternidad en determinados casos y con marcado carácter excepcional, en el estado de la voluntad del padre, manifestado por hechos exteriores, que bien pueden ser el documento privado ó los que producen en el hijo la posesión de estado.

Pero como quiera que este criterio no basta para explicar todos los casos en los que, por excepción, se permite investigar la paternidad, pues, si tal ocurriera, fundadamente podía afirmarse que nuestro Código estaba inspirado por un criterio bueno ó malo y se acomodaba á un sistema, defectuoso ó no, pero sistema al fin; preciso es buscar la razón de cada uno de sus preceptos. De donde resulta que el cargo más irrebatible que puede hacerse al desarrollo de la doctrina que estudiamos en nuestro Código vigente, es tacharlo de incongruente, de casuístico, y, en una palabra, de poco científico, puesto que el nombre de científico no puede merecer el desarrollo de una doctrina jurídica, en el que se desconocen los principios fundamentales de la materia que se trata de reglamentar.

Casuístico era el sistema sustentado por el ilustre Cimbali, que en el capítulo anterior examinamos; mas, sistema al fin, podía reconocerse en él un criterio más ó menos admisible, pero sostenido en todas las consecuencias. En efecto, partía el escritor citado de que no siempre era susceptible de prueba el hecho de la paternidad, sino sólo cuando concurriesen determinadas circunstancias que lo hiciesen indudable, y haciendo apreciaciones más ó menos exactas, pero que perfectamente cabían dentro del criterio adoptado, fijaba ya los casos concretos en que esas circunstancias se daban y en los que por consiguiente debía permitirse la investigación de la paternidad.

Nuestro Código, como hemos dicho, unas veces acude al estado de la voluntad del padre, y presumiendo que éste acepta la paternidad, declara la posibilidad de su investigación; pero otras, como en los casos de delito, atiende á que á despecho de todas las prevenciones en contra, el hecho de la paternidad se ha demostrado, y por vía de pena impone al padre la obliga-

ción de reconocer al hijo natural. Ahora bien: estos dos opuestos criterios, ¿cómo se armonizan y de qué manera es preciso considerarlos para que encontrando ambos su razón en un superior principio resulte el críterio único que ha debido dominar en toda esta materia?

Sinceramente confesamos que no se nos alcanza la solución de esta antinomia, y fuerza es reconocer que la falta de sistema en nuestro Código es evidente.

Repetidamente hemos afirmado cómo el daño que á los ilegítimos se causa por el mero hecho de la concepción, es igual para todos, sin que proceda hacer distinción alguna entre ellos ni para los efectos de la concesión de los alimentos, ni para otra alguna consecuencia jurídica de las que hasta ahora llevamos estudiadas. Ahora bien: los preceptos que regulan la investigación de la paternidad en nuestro Código, cuando, por vía de excepción, se declara su procedencia, son distintos según que se trata de hijos naturales ó de ilegitimos en quienes no concurra esta condición legal. No hemos de insistir en lo injustificado de tales diferencias si á la luz de los principios por nosotros sentados se examinan, puesto que ello resulta de todo cuanto llevamos expuesto; pero sí hemos de hacer notar cómo, en nuestra opinión, los redactores del Código se han apartado al establecerlas de lo que expresamente se preceptúa en la citada ley de Bases de 11 de Mayo de 1888.

En efecto, al decirse en la base 5.ª que no se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito ó cuando exista escrito indubitado del padre, en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, ó cuando medie posesión de estado, no se distingue, cómo puede comprobarse con el examen del texto literal de sus palabras, entre las diferentes clases de hijos ilegítimos, y no distinguiéndose ni en la mencionada base ni en lugar alguno de la ley de 1888, es para nosotros evidente que el propósito que la inspiró fué el que la investigación de la paternidad se permitiese siempre que concurrieran

las circunstancias expresadas, sin atender á que los hijos fuesen naturales ó dejasen de serlo.

Pero, á pesar del terminante mandato de esta base, los redactores del Código, inspirándose tal vez en poderosas razones que no se nos alcanzan, diéronle cumplido desarrollo al hablar de los hijos naturales; pero al tratar de los demás hijos ilegítimos dijeron que el derecho á los alimentos que les asiste *sólo* podrá ejercitarse cuando la paternidad se infiera de un documento indubitado, con las circunstancias dichas, ó de una sentencia firme, impidiendo por consiguiente que puedan investigar la paternidad cuando medie la posesión de estado. Y si alguna duda pudiera caber del modo como los redactores del Código han cercenado parte del contenido de la base 5.ª citada, aun podemos acudir al art. 141, en el que terminantemente se dice que fuera de los casos expresados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior (que son los dichos), no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales.

De este modo el Código, en su prurito de colocar sus preceptos en línea paralela á la que la realidad marca, para no encontrarse jamás con ella, niega la entrada en el campo del Derecho á hechos indudables, cuyas consecuencias jurídicas no pueden desconocerse, y acentúa el divorcio existente entre la realidad y el derecho que ya en otra ocasión hemos notado.

Enhorabuena que el Código hubiese aceptado la distinción dentro de los ilegítimos en naturales y no natnrales para concederles distintas clases de alimentos, no lo alabamos; pero supongamos que no existen contra semejante distinción las razones que hemos expuesto, y admitamos por un momento la justicia de dicho precepto legal. La ley ha podido suponer, por ejemplo, que es mayor el daño que se causa á los naturales que á los demás ilegítimos, y en consonancia con este supuesto, otorgar á unos los alimentos llamados civiles y otros los natu-

rales. Pero, nótese bien, porque así importa hacerlo para penetrarnos de la falta de lógica que al Código inspira en toda esta materia, de que el daño causado sea diferente, y distinta sea, por lo tanto, la reparación; no puede seguirse la consecuencia de que á unos hijos se suministren por la ley más medios que á otros para investigar la paternidad, pues si menor es la reparación que á los ilegítimos no naturales corresponde, tan justa, en cuanto es reparación debida, se nos muestra como la que compete á los naturales, é iguales medios deben tener para pretenderla, siquiera el resultado de su pretensión arroje luego consecuencias distintas.

En suma: en opinión nuestra, son inútiles los esfuerzos que se hagan para reducir á sistema los artículos del Código en que de la investigación de la paternidad se trata. La obra del legislador español parece, cuanto más atentamente se la considera, labor hecha por entregas y á retazos, en la que han colaborado personas de muy distintas ideas, cuyos principios se ha procurado concordar, sin reducirlos á un criterio común, cuya ausencia es la falta más grave de nuestra obra legislativa.

Si consideramos ahora especialmente los casos de delito en los que el padre está obligado á reconocer al hijo natural, ó á dar alimentos al ilegítimo en quien no concurra esta condición legal, sólo encontraremos en el Código civil una referencia al penal, diciendo que en tales casos se observará lo que en este se dispone. Nuestro Código civil no ha querido, pues, entrar en el campo reservado á las leyes penales, lo cual en principio nos parece plausible; pero entendemos que sin necesidad de haber invadido ajenas jurisdicciones, podía haber dicho algo más que la mera referencia que hace, y de esta suerte haber llenado la solución de continuidad que vamos á poner de manifiesto.

El art. 464 de nuestro Código penal vigente dice que los reos de violación, estupro ó rapto serán condenados, además de á las penas que en otros lugares del Código se marcan: 1.°, á dotar á la ofendida, si fuere soltera ó viuda; 2.°, á reconocer la

prole, si la calidad de origen no lo impidiere; 3.°, en todo caso á mantener la prole.

De estos tres delitos de violación, estupro y rapto, sólo el segundo se puede decir que es el que se comete con mucha frecuencia, pues del primero y el tercero son, afortunadamente, pocos los casos que se presentan. Para que el estupro penado por la ley exista, es circunstancia indispensable que se trate de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, y sin duda, que no concurra ninguna de las circunstancias fijadas en los números 1.° y 2.° del art. 453 (1), puesto que entonces el delito dejaría de ser el de estupro para convertirse en el de violación.

Ahora bien: el estupro que la ley pena puede ser cometido por Autoridad pública, Sacerdote, criado doméstico, tutor ó maestro encargado por cualquier título de la educación ó guarda de la estuprada, y entonces se castiga con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio. Con igual pena se castigará al que cometa el delito de que hablamos con su hermana ó descendiente, existiendo en este caso la excepción de ser punible el hecho aun cuando la mujer sea mayor de veintitrés años.

Por último, el estupro puede ser cometido por una persona cualquiera á quien no liguen con la estuprada los vínculos á que acabamos de hacer referencia; pero, en este caso, sólo será punible si intervino engaño (2).

No entro á discutir si el Código penal vigente se acomoda á los principios de justicia al exigir la intervención del engaño para castigar al estuprador en este último caso de que hemos hecho mérito. No es tal cuestión objeto de estos estudios, ni importa para las consecuencias que vamos á encontrar; sin embargo, dejaremos consignado que tal exigencia es, en nues-

---

(1) Que no se use fuerza ó intimidación y que no se halle la mujer privada de razón ó sentido por cualquier causa.

(2) Art. 458 del Código penal.

tra opinión, á todas luces absurda, porque ó la mayoría de edad significa algo dentro de las legislaciones positivas, ó, caso que nada signifique, no ha debido fijarse el Código penal, para dar el concepto del delito de estupro, en que la mujer sea mayor ó menor de veintitrés años.

En el caso de estupro de que hablamos, es preciso demostrar previamente para que el delito sea castigado que ha intervenido engaño; pero yo pregunto: ¿en vez de que la presunción esté, como el Código la coloca, á favor del estuprador, no sería más racional, dada la menor edad de la estuprada, que la presunción favoreciera á ésta y que se impusiese al presunto delincuente la obligación de probar que el engaño no había intervenido? Entiendo que el Código penal trueca completamente los términos, y creo que tiene sobrada razón Menger (1), cuando hace notar la inconsecuencia de las legislaciones positivas que, negando á la mujer menor de edad capacidad para realizar el más insignificante acto jurídico por temor á los perjuicios que puede sufrir, se la concede luego, cuando de estupro se trata, reconociendo en ella el suficiente discernimiento para aceptar de por sí este acto con todas sus consecuencias.

Pero, sea de esto lo que quiera, es lo cierto que nuestro Código penal sólo á los *reos* de estupro, rapto ó violación obliga á reconocer la prole y en todo caso á mantenerla. Ahora bien: como el estuprador no será castigado, ni merecerá el concepto de *reo* de este delito mientras no se demuestre que el engaño intervino, síguese de aquí que en aquellos casos en que la paternidad sea evidente, pero en los que el acto carnal haya sido realizado por la mujer con entera libertad, la ley penal no obligará el estuprador á que cumpla ninguno de sus deberes con los ilegítimos.

La ley civil, por su parte, tampoco constreñirá al cumplimiento de tales obligaciones, de suerte que tendremos aquí un caso en que la paternidad se habrá demostrado ante los mis-

(1) Obra citada.

mos Tribunales y el ilegítimo tendrá que presenciar el espectáculo de que éstos se crucen de brazos, puesto que la ley no los autoriza para ampararle en sus derechos.

A estos elocuentes vacíos conduce, no solamente la falta de sistema, sino errores tan indisculpables como el de confundir el daño que por el hecho de la concepción se puede causar á la madre con el que se causa al hijo, y por consiguiente el entender que una misma reparación puede servir para los dos.

Ya en otro lugar hemos hablado de esta confusión tan generalizada; concretándonos ahora al caso particular de que tratamos, si el engaño no intervino, si la madre libremente quiso el hecho del ilícito comercio carnal, justo es que no pueda solicitar reparación de un daño que ella misma se causó; pero ¿qué tiene que ver con esto el ilegítimo? ¿Ha dejado él de ser perjudicado por su padre porque la madre haya sido tan culpable como éste?

Creo que resulta ya patente la laguna que existe entre nuestros Códigos civil y penal, y creo se comprenderá ahora con cuánta razón antes afirmaba que el Código civil no se debía haber limitado á hacer una simple referencia, sino que acometiendo labor más provechosa debía haber llenado ese vacío, cuya existencia puede producir graves males para los ilegítimos.

Todavía, siguiendo en el examen de los preceptos del Código civil vigente, debemos hacer observar una contradicción tan digna de notarse como el vacío que acabamos de ver.

Nuestro Código, siguiendo lo dispuesto en la ley de Bases de 1888, ha sentado el principio prohibitivo de la investigación de la paternidad; razones de moralidad pública han impulsado al legislador á tomar esta determinación, inspirándose en el respeto que la familia legítima merece y en las consideraciones que son debidas á la autoridad paterna. Por nuestra parte, ya en el capítulo anterior hemos hecho notar el valor que estas palabras tienen en la materia que nos ocupa, y cómo á título de defender los principios de la moral más pura se llega á sostener conclusiones verdaderamente inmorales.

Pues bien: nuestro Código, que tal repugnancia muestra á admitir la investigacióu de la paternidad realizada por el hijo, olvida luego las poderosas razones de moralidad que le mueven para permitir que la investigación se pueda hacer cuando son otras las personas á quienes puede interesar. Así, el art. 138 establece que el reconocimiento hecho á favor de un hijo que no sea natural, ó en el cual se haya faltado á las prescripciones del Código, podrá ser impugnado por aquellos á quienes perjudique. Y es evidente que para realizar esta impugnación, fundándose en que el hijo no tiene la condición de natural, preciso es poner en claro cuál es la verdadera condición del hijo, y demostrar, por lo tanto, que es adulterino ó incestuoso. El Sr. Manresa (1), reconociendo que este punto puede originar dudas y cuestiones de derecho ante los Tribunales, trata de salvar la antinomia que existe entre este artículo y los que prohiben la libre investigación de la paternidad, diciendo que la interpretación más acertada es la que consiste en afirmar que la impugnación podrá sólo entablarse cuando el padre que reconoce no tiene el requisito del art. 130, es decir, que no podía casarse libremente en el tiempo de la concepción. De este modo, añade, la impugnación se contrae al hecho mismo del reconocimiento y á la persona que lo realiza sin invalidar lo dispuesto en el art. 132, que prohibe, cuando es sólo uno de los padres el que hace el reconocimiento, revelar la persona de quien tuvo el hijo.

Pero, en nuestra opinión, la antinomia que ofrece el artículo que examinamos no se da principalmente al relacionarlo con el 132, sino con la base 5.ª y en general con todos los artículos que, emanación de ella, prohiben de un modo, más ó menos expreso, la investigación de la paternidad; mas, aun admitiendo la opinión de Manresa, siempre resultará que contrayéndose la impugnación únicamente al padre que reconoce,

(1) Op cit., tomo 1.°, pág. 513.

se dará el espectáculo de que personas extrañas á la relación producida por el daño causado al ilegítimo vengan á haces pública una filiación, cuyo origen será sin duda más inmoral que el que hasta entonces pasó por cierto, sin que el temor de semejante linaje de contiendas haya impedido al legislador dictar este precepto y sin que tampoco la consideración del interés pecuniario que á esas personas moverá haya podido ser un obstáculo para el mismo. Añádase á lo expuesto que el Código no dice qué personas son esas que pueden impugnar el reconocimiento, sino que, en general, las designa, diciendo que son las que se crean perjudicadas, y se podrán apreciar las consecuencias todas de esta manera de legislar.

Pasando ya á hablar de la investigación de la maternidad en nuestro Código civil, sólo hemos de decir que, de acuerdo con la mencionada base 5.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, se encuentra permitida sin limitación alguna: así, el art. 136 establece que la madre estaba obligada á reconocer al hijo natural: 1.º, cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior (que son en los que, por excepción, se permite la investigación de la paternidad); y 2.º, cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

En el primero de estos dos números, presumiendo el Código por los hechos que resultan ciertos que la maternidad existe, obliga á la madre á reconocer al hijo; en el segundo, es donde propiamente se admite en toda su amplitud el principio de la libre investigación, pues sin necesidad de que concurran hechos determinados, se reconoce en el hijo el derecho á investigar su maternidad.

Esto por lo que se refiere á los hijos naturales, pues tratándose de los demás ilegítimos, el art. 140 sostiene idéntico criterio al decir que el hijo podrá ejercitar contra su madre el derecho á los alimentos que el Código le concede, cuando la maternidad se infiere de una sentencia firme ó de un documento indubitado en el que expresamente se reconozca la filia-

ción, y por último, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

He aquí como el Código al desarrrollar la citada base 5.ª, en lo que se refiere á la investigación de la maternidad, no ha tenido en cuenta diferencia entre los hijos naturales y los que carecen de esta condición legal, lo cual nos confirma en las razones que aducimos para sostener que los redactores del mismo, al tratar de la investigación de la paternidad, se habían apartado sin fundamento alguno que justificase su conducta de lo que en la mencionada base 5.ª se preceptuaba, estableciendo diferencias completamente extrañas al espiritu de la ley de 1888.

Estos artículos que á la investigación de la maternidad se refieren, considerados aisladamente, nos parecen justos, dado nuestro criterio, por lo cual no vacilamos en rendirles nuestro más sincero aplauso; ahora, lo que no alcanzamos á comprender es cómo pueden figurar en un Código que prohibe la investigación de la paternidad, ya que, según tenemos demostrado, no es lícito establecer diferencias á favor del padre ni de la madre, ni qué sistema es el que ha podido servir de base á nuestros legisladores.

Junto á los casos de investigación de la paternidad y maternidad, llamados por Manresa (1) casos de reconocimiento forzoso, existen otros en los que éste se realiza voluntariamente, que el Código estudia en la misma sección que la examinada hasta ahora, y que, por la relación que guardan con la materia que nos ocupa, y, principalmente, por darnos á conocer más claramente el total sentido de nuestra obra legislativa, debemos, siquiera sea por encima, examinar.

Partiendo nuestro Código de que el hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, ó por uno solo de ellos, pasa después á reglamentar el caso de que el reconocimiento se realice por uno solo de los padres. Notemos,

(1) Op. et loc. cit.

en primer término, que al tratar de este reconocimiento voluntario vuelve el Código á establecer diferencias entre los hijos naturales y los demás ilegítimos, pues este reconocimiento sólo á los primeros se refiere, y aun cuando, en nuestro concepto, tal vez habría alguna razón para justificar la distinción en este punto concreto, los argumentos que nosotros adujésemos no pueden tener cabida dentro del criterio *sui generis* que nuestro Código sostiene.

Pero, dejando á un lado esta cuestión y entrando en el examen de los artículos á que nos referimos, es indudable que la presunción que en ellos se establece de ser natural el hijo cuando el que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción, unida á la prohibición que se impone al padre ó madre que aisladamente reconoce de revelar el nombre de la persona de quien hubiera tenido el hijo puede producir como consecuencia el que pasen por naturales, ilegítimos que en rigor no tienen esa condición legal. No hemos de insistir en esta conclusión, cuya evidencia se ha demostrado por los comentaristas y cuyos efectos han sido censurados por los que sostienen que á todo trance debe sostenerse la distinción entre los hijos naturales y los demás ilegítimos. Sólo observaremos que las consecuencias á que pueden dar lugar los artículos citados son tan patentes que no han podido escapar á la perspicacia del legislador: el Código, pues, que prohibe la investigación de la paternidad y que considera de distinto modo á los hijos naturales que á los demás ilegítimos, *conscientemente tolera* que sus preceptos se burlen y que se contradigan sus mandatos.

Pero ¿qué valor tiene esta tolerancia? No pueden invocarse, en nuestro concepto, para justificarla los sentimientos de piedad y de conmiseración hacia los hijos ilegítimos, porque esta clase de sentimientos, cuando no se fundan en el derecho mismo, no deben tener cabida en una obra legislativa. En nuestra opinión, la tolerancia aludida indica la bondad de los principios que en el curso de estos estudios venimos sosteniendo,

revelan de un modo evidente que, influído el ánimo de los autores del Código por muy distintas tendencias, no han podido dejar de reconocer en el fondo que á todos los ilegítimos se causa un mismo daño, que la reparación debe favorecerse cuanto se pueda, y que, en suma, el principio de libertad por nosotros defendido es el que debe dominar en toda esta materia.

¡Lástima grande que las verdades parciales que nuestro Código contiene hayan sido admitidas en él á la fuerza, como de contrabando, y no reconocidas en toda su amplitud y eficacia! ¡Lástima también que en la ley exista esta encubierta invitación al fraude y á la ilegalidad, y lástima, por último, que al permitir de la manera que permite nuestro Código la impugnación de los reconocimientos y legitimaciones dé motivos á que se interpongan pleitos á todas luces escandalosos, cuyo objeto no es otro que deshacer un entuerto que la misma ley había tácitamente aconsejado!

Por último; si, dejando á un lado las contradicciones de bulto y los errores manifiestos que nuestro Código contiene, fuésemos á señalar los vacíos que en él se notan, nuestra labor sería interminable. Basta indicar que, si queremos saber, por ejemplo, si la mujer casada puede sin licencia de su marido reconocer un hijo natural ó no, en vano buscaremos en el Código el artículo que nos saque de dudas.

Ya pueden los comentaristas aguzar el ingenio tratando de inquirir cuál ha sido la intención del Código al señalar expresamente los actos que la mujer casada puede realizar sin licencia del marido (1); opinen unos que la enumeración que establece es limitativa y piensen otros lo contrario; crean, los que expresa ó tácitamente parten de la superioridad del varón sobre la hembra, que la mujer casada carece de capacidad y sólo puede realizar lo que especialmente está determinado por las leyes; entiéndase por otros que la mujer, por regla general, puede

(1) Art. 63 del Código civil.

hacerlo todo, menos lo que expresamente le está prohibido: opiniones serán todas estas muy respetables, pero que no pueden tener la fuerza de un precepto legal terminantemente establecido, cuya falta lamentamos. El Código debía haber llenado este vacío, consultando de una parte lo que el reconocimiento significa, de otra los respetos que la familia legítima merece, y muy principalmente el alcance y fundamento de la autoridad marital. Pero, como en nuestra obra legislativa no solamente la materia de hijos ilegítimos, sino ni àun lo que se refiere á organización familiar obedece á principios ni á sistema alguno, como en otro libro sería ocasión de demostrar, sus autores han mostrado en este punto marcada repugnancia á sentar preceptos cuya justicia sólo puede lograrse cuando se razona dentro de un sistema y cuando en principios superiores se busca el fundamento apetecido.

En nuestra opinión, y dentro de la doctrina que venimos sosteniendo, debe tener la mujer capacidad para reconocer á un hijo natural sin necesidad de la licencia del marido, pues ni la autoridad marital se extiende á impedir que se den reparaciones que son debidas, ni los fines que esta autoridad viene á cumplir sufren lesión alguna, ni, por otra parte, dados los derechos que nosotros concedemos á los ilegítimos, son de temer graves perjuicios para la familia legítima.

Igual silencio que en este punto, encontramos respecto de si un menor de veintitrés años puede ó no reconocer á un hijo natural: las dudas y las opiniones surgirán en esta cuestión como en la anterior; pero abandonemos esta materia, porque el propósito que nos formamos de poner de relieve las inconsecuencias, contradicciones y vacíos del Código, creemos haberlo conseguido, y otros problemas más interesantes reclaman nuestra atención y nuestro estudio.

CAPÍTULO V

Reparación del daño causado.—Cuestión previa.—La patria potestad sobre los hijos ilegítimos, según los principios.—Disposiciones de nuestro Código civil vigente: crítica de las mismas.—Referencia á una idea de Cavagnari.

Vamos á proseguir en este capítulo el estudio de la reparación que á los ilegítimos es debida por el daño que se les causó al recibir la vida de sus padres, desligada de todas las condiciones que son indispensables para que sea realmente un bien.

En el capítulo primero de estos estudios veíamos cómo los hijos legítimos tenían en sus padres un representante legal para todos aquellos actos en que esta representación era necesaria, y cómo al estar sometidos á ellos para su protección y amparo, los Códigos vienen á reconocer unánimemente que los padres legítimos están asistidos de lo que se llama patria potestad. Pues bien, los ilegítimos, decíamos, carecen de este amparo y protección, por donde nos encontramos en presencia de otro daño concreto, cuya reparación debemos estudiar.

Ahora bien; siendo consecuentes con el plan que nos hemos propuesto, debemos examinar previamente si este daño es ó no reparable, para después ver, caso que optemos por la afirmativa, cuáles son los medios de que el Estado dispone que á realizar esta reparación sean adecuados. Y es indispensable en to-

dos los daños que vamos examinando resolver esta cuestión prévia, pues si *á priori* partimos del supuesto de que el Estado nada puede hacer en ningún caso, sobre desaparecer el indudable problema de la condición de los ilegítimos, vendríamos á parar á concebir un Estado cuya misión quedaría reducida á efectuar una mera limitación de libertades individuales, careciendo, por consiguiente, de un fondo ético y positivo, cuya realidad sería osadía el desconocer en el estado actual de las ciencias jurídicas. Por el contrario, si damos por supuesto que todo puede hacerlo el Estado, vendremos á creer en su omnipotencia, en virtud de la cual se han cometido los mayores desafueros, y desconoceremos la verdad de aquel principio que nos enseña que la verdadera garantía del derecho se encuentra en la conciencia (1) y que las medidas meramente externas sólo pueden dar resultado cuando encuentran su apoyo en la conciencia misma que la acepta y las hace eficaces.

Reviste, pues, una importancia excepcional la resolución de esa cuestión prévia.

Si nos preguntamos ahora, cuál sería la reparación completa del daño de que hablamos, que abarcándolo todo y borrando todos sus efectos viniese en este punto á dar á los ilegítimos iguales condiciones de protección y amparo que á los legítimos, la contestación no se hace esperar: la patria potestad concedida á los padres naturales parece satisfacer todas las exigencias. Pero, al mismo tiempo que la existencia del daño causado parece aconsejar la concesión de dicho poder á los padres naturales, otra pregunta surge, de cuya respuesta pende, en mi concepto, la solución que se dé al problema.

¿Puede el Estado en buenos principios imponer ó reconocer la patria potestad en los padres naturales?

Considerando todavía la cuestión desde un punto de vista general, pero no por eso menos digno de tenerse en cuenta, dadas las razones que hasta ahora hemos expuesto y, dada tam-

(1) Giner y Calderón, obra citada.

bién, la idea que tenemos de lo que la patria potestad significa, nos vemos forzados á contestar negativamente á la pregunta propuesta. Recuérdese á este efecto, cómo al hablar de los alimentos y de la investigación de la paternidad y maternidad, sosteníamos que la ley debía reconocer en los hijos el derecho á los primeros, así como á acreditar quiénes eran las personas que venían obligadas á prestarlos, ó lo que es lo mismo, á lo que se llama realizar la investigación dicha. Vimos entonces, que para que los alimentos se presten por los padres, así como para que se acredite quiénes son éstos, no es necesario cooperación alguna de su parte, ni se exige una determinada posición de su voluntad, cuyo estado no debe consultarse para fundar en él el derecho indiscutible que á los ilegítimos asiste; y tenemos sentado el principio, de que cuando se trata del cumplimiento de obligaciones que consisten propiamente en actos ó en servicios, cuya utilidad no puede darse, si estos no son primeramente queridos en la conciencia del que ha de prestarlos, el Estado, en la imposibilidad de penetrar en ella para hacer que los ciudadanos quieran aquello que voluntariamente no aceptan, tiene que contentarse con exigir un cumplimiento subsidiario de las obligaciones mencionadas, cuando se dan términos hábiles para ello, pues es evidente que habrá muchos casos en los que ni aun proceda dicho subsidiario cumplimiento.

Por otra parte, ateniéndonos tan sólo á lo que la observación directa y el común sentir de las gentes nos presentan como contenido propio de la patria potestad, podemos afirmar que el ejercicio de ésta por los padres comprende una serie de actos y de funciones complejísimas que para ser debidamente realizadas, requieren condiciones especiales cuya concurrencia no es necesaria para el adecuado cumplimiento de otras obligaciones, ni para la efectividad de otros derechos que en el orden civil se reconocen. Estas condiciones, en suma, no vienen á significar otra cosa que una determinada posición en la voluntad del que ejerza la patria potestad; posición que es de-

bida, cuando realmente existe, á distintas causas que después indicaremos.

Ahora bien; si, pues en virtud de las precedentes consideraciones, podemos afirmar, que las obligaciones de que ahora tratamos exigen para ser rectamente cumplidas, que el fin que vienen á llenar sea querido en conciencia por el obligado, ó lo que es lo mismo, necesitan de esa determinada posición de la voluntad á que aludimos, y el Estado, según hemos dicho, es impotente por su parte para lograrla, síguese de aquí que el Estado social no puede tomar á su cargo la reparación de este daño concreto, al menos en la forma que la realidad del mismo parecía aconsejar, puesto que carece de medios adecuados.

Tenemos, pues, como resultado de este primer análisis, la imposibilidad en que el Estado se encuentra de conceder la patria potestad á los padres naturales. Pero, ¿indica esto que carezca en absoluto de medios para remediar los males que la falta de patria potestad viene á producir? Todavía no podemos contestar esta pregunta: lo que si puede afirmarse es que no se nos muestra la concesión de patria potestad á los padres naturales como medio racional de reparación del daño de que hablamos; tal vez, para este efecto, el Estado puede disponer de otros recursos que sean aptos para borrar, al menos parcialmente, el daño causado; si con ellos cuenta, debe aplicarlos desde luego; mas si resultase que no tiene á su alcance recursos de esta índole, fuerza sería conformarse con la imperfección histórica de las instituciones humanas, ya que, según hemos dicho, no debe ser en las ciencias jurídicas artículo de fe el de la omnipotencia del Estado.

Más, como quiera que la concesión de la patria potestad, á los padres naturales ha parecido hasta ahora el medio más expedito para reparar el daño de que hablamos, y Códigos y autores van admitiéndolo con un entusiasmo digno de mejor causa, paréceme que no huelgan algunas consideraciones más sobre la materia para poner de manifiesto los errores que contiene la tendencia indicada.

Ya lo decíamos en otro lugar; para llegar al exacto conocimiento de la condición jurídica de los ilegítimos y de la relación existente entre éstos y sus padres, no basta examinar el daño causado; precisa también estudiar el fundamento de ciertas instituciones del derecho civil, con las que se pretende relacionar á los mismos ilegítimos por la generalidad de los Códigos y de los autores.

No basta decir que los padres ilegítimos deben tener la patria potestad. La patria potestad, institución del derecho civil, cuya sustantividad no puede negarse, necesita de condiciones que precisamente han de concurrir en la persona que la ejerza; por consiguiente, el único camino que la sana razón aconseja para saber si los padres ilegítimos deben tener ó no la patria potestad, es investigar primeramente cuáles son los fundamentos de esa institución y ver si ellos se dan en los padres naturales, y si, en suma, procede reconocer en los mismos aptitud para ejercerla. Seguir otro camino, concediendo ó negando de plano la patria potestad y saltando los escollos que para llegar à una ú otra solución existen, no puede encontrar justificación dentro de un método verdaderamente científico.

Pero, ¿qué es la patria potestad? El sentido de estas palabras claramente nos indica que se trata de una facultad, de un poder, que al padre corresponde sobre sus hijos. Esta facultad ó poder, abarca, como contenido que le es propio, un conjunto de derechos que sobre las personas de los hijos recaen también y que encuentran en éstos el adecuado sujeto pasivo de la relación que supone. Pero como quiera que la existencia de todo derecho implica, no sólo el deber correlativo en la persona obligada, sino la existencia también en la persona que tiene el derecho de un deber que á éste condicione, ya que los derechos son para los deberes, y no al contrario, síguese de aquí que el padre tiene al mismo tiempo un conjunto de deberes para con sus hijos á cuya efectuación va enderezado el ejercicio de esos derechos que las legislaciones les reconocen y que constituyen la patria potestad.

Por consiguiente, si deseamos saber la extensión y naturaleza de los derechos cuyo conjunto forma la patria potestad, ya que están, según hemos dicho, condicionados por los deberes que los padres tienen que cumplir, á estos deberes acudiremos, y en general, podremos afirmar que los derechos mencionados encontrarán su justificación hasta el punto preciso en que se nos muestren como indispensables para el cumplimiento por parte de los padres de los deberes dichos, pero no más allá.

Ahora bien; ¿cuáles son estos deberes? Sobre este punto creemos ocioso el detenernos, pues su existencia y extensión es por todos igualmente reconocida, sin que las diferencias de criterio que pudieran notarse importen para nuestro objeto. De uno de estos deberes, el de alimentar, hemos hablado ya por merecer consideración especial en atención á las necesidades que su cumplimiento viene á llenar; pero, al lado de éste, existen otros de los que no hemos hablado, y cuyo sentido y finalidad pueden condensarse diciendo, que tienen por objeto lograr la educación moral del hijo, haciendo con esa labor constante que el padre debe realizar en todo momento, que en su conciencia arraiguen y se fortifiquen los principios del más firme respeto al derecho y de la moral más pura. Los padres, puesto que han de cumplir estos deberes, disponen de medios para ello, y esos medios son los derechos que sobre la persona del hijo le asisten, los cuales podrá hacer valer, no sólo contra el hijo que irracionalmente los desconozca, sino contra cualquiera que invadiendo esta esfera inviolable trate de introducir la perturbación en ella; de donde se desprende que ni el mismo Estado social, á pesar de su autoridad soberana, puede penetrar en ese campo que queda naturalmente fuera de su jurisdicción, mientras no se haga patente que el padre, en el ejercicio de sus derechos, olvida que éstos, para el recto cumplimiento de los deberes, existen, y que sólo en razón de los mismos encuentran su justificación y su fundamento.

Pero, si el Estado no puede inmiscuirse en esta particular

esfera donde parte del derecho privado se realiza, sí debe, en cambio, en funciones de la suprema tutela que le corresponde, y como superior órgano del derecho, velar porque la patria potestad no sea ejercida por quien carece de condiciones para ello, y exigir, en todo caso, la concurrencia de éstas, no reconociendo en el contrario la legitimidad de patria potestad que de modo tan anormal pretenda ejercerse.

De todo lo expuesto se deduce que el fundamento de la patria potestad se encuentra en los deberes que el padre tiene que cumplir respecto del hijo; en último término, podría decirse también que se funda en una necesidad absoluta de razón, puesto que, como ya en otro lugar hemos indicado, el hecho de dar lo condicionado, si ha de ser racional, implica la obligación de suministrar lo condicionante.

Pero no basta con lo dicho: puede existir la obligación, y, sin embargo, no darse todavía términos hábiles para que la patria potestad surja. Es preciso que la persona que ejerza esta potestad sea la más competente para ello; nadie como el padre conoce las peculiares circunstancias que en su hijo concurran, su modo de ser, su idiosincracia y sus peculiares aptitudes; nadie, por consiguiente, mejor que él puede llevar á cabo esta misión educadora, que es á lo que, en último resultado, viene á reducirse la patria potestad, en la que, como en todo asunto en que de educación se trate, el conocimiento del sujeto es un factor sin cuya existencia no puede lograrse el fin educativo que se persigue. Es, por lo tanto, condición precisa para el ejercicio de la patria potestad, lo que podemos llamar competencia preferente, que sólo en los padres concurre.

Por último, dada la naturaleza de la patria potestad que resulta de todo lo expuesto y las delicadísimas funciones que implica, síguese que es también condición precisa para que se reconozca su legítimo ejercicio en una persona, la referente á las garantías que esa persona ha de ofrecer de que no hará un mal uso de los derechos que en su mano se colocan, ó lo que es lo mismo, que no ha de dejar de cumplir los deberes que le

incumben. Esta condición se da también en el padre, puesto que su afecto y su cariño hacia el hijo, alejando toda sospecha que de otra suerte pudiera nacer, lo presentan como el único que puede ver en el interés del hijo su interés propio, lo cual viene á constituir la mayor de las garantías apetecibles.

Sentados estos principios, resultan ya patentes cuáles son las condiciones que el Estado social puede y debe exigir para reconocer en una persona la patria potestad, y, teniéndolas muy en cuenta, podemos entrar á investigar si concurren en los padres ilegítimos, ó si, por el contrario, faltan.

Si, como hemos dicho, los derechos que constituyen la patria potestad encuentran uno de sus fundamentos en los deberes de los padres, desde luego podemos afirmar que este fundamento se da en los padres ilegítimos, puesto que, según tenemos demostrado, vienen obligados respecto de sus hijos por el mero hecho de haberles dado vida; por consiguiente, si á esta sola consideración hubiera que atender, llano sería el concluir, sin cuidarse de otras condiciones que el Estado puede y debe reconocer en los padres ilegítimos la patria potestad. Pero, aun sin salirnos de este punto de vista, conviene hacer notar cómo en los padres legítimos, por la sola razón de serlo, hay que suponer que el cumplimiento de esos deberes es querido por ellos mismos, y que conforme á derecho han de realizarlos, puesto que no hay motivo alguno para dudar de la conformidad de su voluntad con el orden del derecho que el Estado social reconoce y mantiene; por el contrario, en los padres ilegítimos no puede partirse de semejante supuesto, ya que también por la sola razón de serlo, revelan que en su conciencia no es querido, al menos en todos sus puntos, ese orden del derecho aludido. Adviértase igualmente que la índole especial de los deberes de los padres exige para ser rectamente cumplidos y para que su cumplimiento sea realmente *útil*, que primeramente sean queridos en conciencia por el obligado, y se podrán apreciar todas las consecuencias que estos diferentes supuestos llevan consigo. Es cierto que, á pesar de

los supuestos dichos, podrán presentarse en la realidad hechos que á ambos contradigan, pero esto no demuestra que de tales supuestos no deba en buena lógica partirse, sino solamente que el Estado, cuando esos hechos se presenten, debe reconocerlos y aplicarles *su derecho*, y no el que á otros casos convenga, por mucha que sea la frecuencia con que en la vida práctica se den. En el capítulo último de estos estudios será ocasión de ampliar estas ideas.

De todas maneras, según antes dijimos, el Estado social debe exigir otras condiciones para reconocer en una persona la patria potestad. Una de éstas es la que hemos llamado competencia preferente en quien ha de ejercerla; pues bien: si volvemos los ojos á la realidad y tratamos de inquirir si en los padres ilegítimos se da esta condición, con poco esfuerzo nos convenceremos de que carecen de ella. Reduciéndose la patria potestad en último término, según decíamos, á una alta misión educadora, es indispensable el íntimo conocimiento de las personas sobre quienes se va á ejercer; este conocimiento no lo tienen en la generalidad de los casos los padres ilegítimos que, viviendo distanciados de los hijos, no llegan á realizar esa observación diaria, profundamente investigadora, que poniendo al descubierto aptitudes, tendencias y hasta los más ocultos sentimientos, suministra los datos, sin los cuales serán infructuosos los más nobles esfuerzos y los mejores deseos. Casos habrá, sin duda, en los que esa competencia preferente exista en determinados padres ilegítimos; por eso sólo hemos afirmado que, *por regla general*, carecen de ella; cuando eso ocurra, la existencia de la condición de que hablamos debe producir sus efectos; pero estimando la realidad como se nos presenta, creemos sinceramente que la regla general es la que hemos dicho, siquiera por deficiencias de nuestro personalísimo modo de ver, sea posible que incurramos en error que, después de todo, no puede tener gran trascendencia por ser solamente de apreciación y no de criterio.

Pero, todavía el Estado social puede y debe exigir otra

condición para reconocer y prestar su amparo á la patria potestad que una persona pretenda ejercer, y esta condición tampoco, por regla general, concurre en los padres ilegítimos. Para que el Estado reconozca en un individuo personalidad bastante para ejercer el poder de que hablamos, preciso es, según antes decíamos, que este individuo le ofrezca suficiente garantía de que no ha de hacer un mal uso de las amplias atribuciones que ese poder lleva consigo. El afecto y el cariño que hace ver en el interés del hijo el propio interés, constituye la mejor de las garantías: ahora bien; estos lazos de cariño y de afecto no existen, por regla general, entre los ilegítimos y sus padres; el abandono en que estos hijos viven, el poco ó ningún trato que con sus padres tienen, la escasa ó ninguna parte que éstos toman en las desgracias y contrariedades de los primeros, denotando la ausencia de relaciones entre ellos, claramente nos indican cuáles son los motivos que existen para que esos lazos de cariño y de afecto no se produzcan.

Es un hecho, muy significativo en nuestro concepto, el que la cruzada que recientemente se ha emprendido á favor de la libre investigación de la paternidad y maternidad, haya reconocido como base, á más de los errores intrínsecos que contienen las legislaciones positivas, el deseo de remediar un mal que se siente y cuyos deletéreos efectos pueden notarse por cualquiera.

Se habla en todos los libros del extraordinario número de nacimientos ilegítimos, de la desgraciada suerte que á éstos espera en la vida, del egoísmo de los padres naturales que, abandonando á sus hijos, vienen de modo indirecto á suministrar pobladores á las cárceles y á las colonias penitenciarias, y creo que, al describir tal cuadro, no se comete la más mínima exageración, sino que exactamente se describe la realidad.

Ahora bien; lo que yo no me explico es cómo esos mismos autores que con tan negras tintas nos presentan el egoísmo de los padres ilegítimos, piden á renglón seguido para éstos ese conjunto de derecho á que llamamos patria potestad, para

cuyo recto ejercicio no ofrecen, en verdad, condición alguna de garantía, según se desprende de la pintura misma que de la realidad nos hacen. Desconócese al sostener tal criterio, no solamente lo que la patria potestad significa, sino la naturaleza orgánica del Estado social y la misión que le está encomendada. No puede negarse que dentro del Estado existen otros poderes que se dan en órganos inferiores, los cuales obran con autonomía dentro de la esfera que le es propia, que no es otra que la de las funciones que á ese órgano corresponde para realizar su derecho; sin que, por otra parte, esa autonomía de que gozan sea incompatible con la sumisión en que están respecto del poder del Estado por ser tales órganos que en el total organismo de éste viven.

En virtud de esta relación entre esos poderes particulares, de los cuales es uno la patria potestad y el poder del Estado, corresponde á éste respetar, sí, su libre ejercicio; pero cuidando se den siempre en el sujeto que lo ejerce las condiciones necesarias, así como velar por que un anormal crecimiento de sus funciones no invada esferas que á otros poderes están reservadas. No quiera esto decir, como pudiera inferirse del lenguaje de ciertos autores, que el Estado social *conceda* la patria potestad como ningún otro poder; el Estado no es quién para hacer tal linaje de concesiones; si los poderes que en el Estado viven encuentran su razón en los distintos órganos que á dicho Estado integran, y estos órganos no son creados por él sino que viven con vida propia, anterior á toda idea de actividad creadora en el Estado social, síguese que la misión de éste no alcanza á tanto, sino que se limita á reconocer lo que en la realidad se da. Ahora bien; como quiera que la realidad misma es la que nos ofrece en la sabia distribución y enlace de sus fuerzas esa condicionalidad que á toda suerte de instituciones se refiere, despréndese de aquí que el Estado, si no ha de estar en divorcio perpetuo con la vida, ha de inspirarse en la realidad misma al efectuar sus funciones y no ha de dar entrada en la vida del derecho á instituciones ni á poderes que, por

faltarles las condiciones que el fin que vienen á cumplir exige, no pasarán de ser creaciones arbitrarias de efímera existencia, con las que la conciencia nacional jamás llegará á transigir.

No basta decir que entre padres é hijos ilegítimos existe lo que se llama el vínculo de la sangre, para derivar de aquí la concesión ó el reconocimiento de la patria potestad en los padres naturales: ese vínculo de la sangre, en cuanto sólo significa la relación de causa ó efecto, no es bastante para sentar la consecuencia que combatimos; el Estado, si ha de ser positiva su acción y ha de penetrar en el fondo de las cosas, no puede contentarse con tan poco. Bien está, que cuando ese vínculo de la sangre produzca al trato íntimo y constante de las personas que por él se encuentran ligadas, y llegue á engendrar entre ellas el afecto y el cariño que es garantía mucho mayor que las más firmes hipotecas y las más solemnes cauciones, el Estado reconozca la existencia de la patria potestad que, en tal caso, será ya un hecho que la realidad ofrecerá y contra el cual sería impotente toda la actividad del Estado que se empeñase en borrarlo ú oscurecerlo. Mas, cuando sólo el vínculo de la sangre exista, pero, por la irregular conducta de los padres se presente la *anomalía psicológica*, como D'Aguanno (1) la llama, de no nacer esos lazos de afectos y de cariño; faltando las condiciones precisas para que el poder de que hablamos surja, en vano serán los esfuerzos de la ley por crearlo, porque la realidad no responderá á ellos, y la patria potestad no llegará á producirse. Y que ese vínculo de la sangre no lleva, en todo caso, consigo las condiciones que son necesarias para ejercer la patria potestad, se puede comprobar á cualquier hora con los preceptos de nuestro Código civil (2), que no son exclusivos de él, puesto que se encuentran en todos, que al establecer por qué causas los padres pueden verse privados de la patria potestad, ó se puede suspen-

(1) *Génesis y evolución del derecho civil*. Traducción de P. Dorado Montero.

(2) Artículos 169 á 171.

der en ellos su ejercicio, claramente demuestran, que aun en los padres legítimos pueden faltar las condiciones aludidas, pues no otra cosa viene á denotar el hecho de tratar á los hijos con dureza excesiva, ó el darles órdenes, consejos ó ejemplos corruptores, ó los fundamentos en que se base una sentencia dictada en causa de divorcio, ó bien en procedimiento criminal. Algunos de estos hechos demostrarán que el padre carece de competencia para ejercer las delicadas funciones de que hablamos; otros, que no profesando cariño al hijo, no puede inspirar confianza alguna al Estado, ó por mejor decir, que no puede el Estado reconocer en él una patria potestad que de hecho no existe.

La cuestión de la patria potestad se reduce, en último término, á ver cuál es la presunción que el Estado debe establecer respecto de los padres naturales y respecto de los legítimos. De estos últimos debe suponer, por el mero hecho de serlo, como antes decíamos, que en ellos se dan las condiciones precisas para ejercer la patria potestad, puesto que viven en compañía de sus hijos, les dan este nombre desde su nacimiento, atienden á todas sus necesidades, y, en una palabra, les suministran el bien de la vida unido á todos aquellos otros que son su complemento. De los padres naturales no puede suponerse lo mismo, ya que por regla general dejan á sus hijos en la soledad y el abandono, desatienden sus necesidades, y como les dieron la vida sin voluntad de dársela, no añaden á este bien que sin querer hicieron las condiciones necesarias para actuarlo y hacerlo efectivo.

Se ha dicho antes de ahora que la unión que tiene lugar en el acto carnal ilícito, es unión de macho y de hembra; es una consecuencia de la mera oposición de los sexos, y que, por el contrario, la unión que en el matrimonio se realiza, es unión de personas: las consecuencias que de este pensamiento pudieran sacarse, ilustrarían sin duda aun más nuestro criterio en la cuestión que debatimos.

Por último, para no hacer más largas estas consideraciones,

habiendo dicho que esta cuestión, al fin y al cabo, es una cuestión de presunciones, creemos que las que se ajustan á la realidad son las que hemos indicado; pero, entiéndase bien; así como los padres legítimos, á pesar de la presunción que les favorece, pueden demostrar con los hechos que no concurren en ellos las circunstancias precisas para ejercer la patria potestad, y el Estado entonces, obrando en justicia, declarará que no están asistidos de dicho poder, de igual suerte, donde quiera que exista un padre natural que con *hechos* ponga de manifiesto que en él se dan las condiciones de que hemos hablado, el Estado social debe reconocerle la patria potestad con todas las consecuencias que de ella se deriven.

Entrando ya en las disposiciones de nuestro Código acerca de la materia que nos ocupa, no podemos partir para nuestro examen de la ley de Bases de 1888, porque en ella nada se dice de la patria potestad, ni considerada, en general, ni mucho menos respecto de los ilegítimos, por lo que los redactores del Código tuvieron en este punto una amplísima libertad de la que en verdad usaron de la manera que vamos á ver.

Lo primero que tenemos que notar respecto de las disposiciones de nuestra obra legislativa es, que en la institución que estudiamos, mantiene la diferencia entre las distintas clases de ilegítimos, puesto que la patria potestad sólo sobre los hijos que denomina naturales puede ejercerse. En distintas ocasiones hemos insistido sobre lo absurdo de semejantes diferencias, por lo cual, á lo dicho nos remitimos; pero, aparte de esto, puede, sin duda alguna, argüirse de falta de lógica al Código, ya que, si al conceder la patria potestad á los padres naturales se funda, como no puede haber sido otro su criterio, en que el vínculo de la sangre existe, no puede desconocerse que, dando por buena semejante razón, ella sirve también para que la patria potestad se reconozca sobre los demás hijos ilegítimos.

Pero, prescindiendo de semejante error, á cuyo sostenimiento el Código venía obligado, dados los puntos de que parte, sin salirnos de lo que concretamente establece, aún po-

demos hacer notar absurdos de más bulto y de más perniciosos efectos.

El afan del Código, ya lo hemos dicho más de una vez, es marcar reglas generales que á todos los casos convengan, como si los hechos se presentasen en la vida con uniformidad precisa, cuyos rasgos es dado al legislador sorprender y fijar para siempre. Inspirándose en este deseo, se ha establecido así, de un modo terminante y general, sin que excepción alguna denote que el Código ha tenido en cuenta la variedad de los hechos humanos, que los padres naturales tienen sobre sus hijos la patria potestad; se ha olvidado que, en muchos casos, en el mayor número de ellos en mi concepto, las relaciones particulares existentes entre padres é hijos naturales, ó mejor dicho, la ausencia de estas relaciones claramente pueden denotar con la elocuencia de los hechos que no se dan términos hábiles para que la patria potestad surja, y sin embargo, esta patria potestad se ha impuesto faltándose á todas las conveniencias y á todos los principios de justicia.

Ahora bien; el daño que puede resultar de la graciosa concesión que el Código hace, es tanto más grave, cuanto que es á todas luces irreparable, puesto que dentro del Código no se facilitan recursos para remediarlo. Es cierto que en él se indican los casos, en los que se puede privar á los padres de la patria potestad, ó suspender en ellos su ejercicio; pero, si atentamente se examinan, se comprenderá cómo no suministran remedio alguno para el supuesto de que hablamos, ya que la simple ausencia de los vínculos de afecto y de cariño, y el desconocimiento por el padre de las cualidades, aptitudes y complexión moral del hijo, son hechos harto elocuentes que prueban por sí solos que la patria potestad no puede existir, sin que haya necesidad de que concurran para llegar á esa conclusión, las órdenes, consejos ó ejemplos corruptores, ó la dureza excesiva en el trato, y las demás circunstancias que el Código *únicamente* ha tenido en cuenta para privar á los padres de la patria potestad.

Censurable nos habría parecido que el Código hubiera establecido la presunción de que en los padres naturales se dan siempre las condiciones precisas para ejercer la patria potestad; pero, si al fin no hubiese desconocido la posibilidad de que los hechos vinieran á demostrar lo contrario, el mal que dicha presunción ocasionara, hubiérase podido reparar fácilmente con remedios suministrados por la ley misma: tal como la presunción se admite en el Código, repetimos que puede ocasionar males irremediables.

Por otra parte, los hechos que pueden poner de manifiesto que un determinado padre natural no debe ejercer la patria potestad, son tan evidentes, que no se nos alcanza cómo han podido escapar á la perspicacia del legislador. Así, por ejemplo, si un padre natural deja pasar los meses y los años sin acordarse de que tal hijo tiene y sin cumplir ninguno de los deberes que le incumben, y de pronto, porque el hijo venga á mejor fortuna, se apresura á reconocerlo y siente nacer de improviso en su pecho los afectos más dulces y más tiernos, ¿no hay razón sobrada para suponer que ese padre no es apto para ejercer la patria potestad? La vida práctica nos presenta muchos ejemplos de reconocimientos voluntarios, en los que el interés y el lucro son las únicas ideas que á los padres mueven.

Pero, prescindiendo de estos casos, en otros, aun más significativos, es donde el Código merece las censuras más acerbas y las más severas críticas. Sabido es que el Código, por excepción, admite la investigación de la paternidad cuando concurran las circunstancias que en otro capítulo hemos examinado. Pues bien: supóngase que un hijo natural, fundándose en un documento indubitado del padre ó en la existencia de la posesión de estado, sostiene que es hijo de determinado individuo y emprende la investigación de la paternidad; la persona á quien ésta se imputa, lejos de allanarse á la demanda, trata de demostrar, valiéndose de todos los medios que á su alcance tiene, entre los cuales no dejará de ser uno muy poderoso el acreditar la deshonra y las malas costumbres

de la madre, que dicha paternidad no le es imputable; tácita ó expresamente tachará de impostor al hijo, y, en una palabra, resistirá cuanto pueda el reconocer esa filiación. Pero, supongamos que al fin la verdad se impone y el juez declara la existencia de la paternidad que se discutía, ¿cuál será el resultado de semejante declaración? No hay que preguntarlo: la sujeción del hijo á la potestad de ese padre que *a fortiori* ha aceptado el nombre de tal. Creo que huelgan los comentarios que sobre esto pudieran hacerse; creo que la inmoralidad es tan manifiesta, tan clara, la ausencia en ese padre de las condiciones precisas para ejercer la patria potestad, que el lector nos dispensará de exponer todas las consideraciones que se nos ocurren, y que seguramente á su pensamiento se agolpan.

Exactamente lo mismo puede decirse de los casos en que la paternidad resulta de una sentencia dictada en proceso criminal. Aun suponiendo, pues, que el criterio del Código sobre la materia que nos ocupa sea el acertado, creo que lo menos que puede exigirse, la reforma que reclama y que no desvirtuaría su sistema, es la de establecer como casos de excepción á esa patria potestad que concede, aquellos en los que el padre ó la madre han reconocido forzosamente la filiación.

Pero todavía pueden dar lugar á más absurdas consecuencias los preceptos del Código en la materia que nos ocupa.

Sabido es que lo mismo reconoce la potestad sobre los hijos en el padre que en la madre natural; no hemos de entrar en la cuestión de si la madre debe tener ó no la patria potestad, pues el punto es difícil, y tal vez nos llevaría demasiado lejos su examen que, por otra parte, no es indispensable para nuestro objeto; damos por bueno que la madre tenga esa potestad, y pasamos al asunto de nuestros estudios. Decíamos que la madre natural tiene, según nuestro Código, la patria potestad; pues bien: en el mismo Código, al decir qué actos puede realizar la mujer casada sin licencia de su marido, se expresa que ésta podrá (1) ejercer los derechos y cumplir los

(1) Art. 63.

deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiere tenido de otro y respecto á los bienes de los mismos. Nótese, además, que, según ya observaba el Sr. Comas (1), en la discusión del proyecto de Código en el Senado no se encuentra en este precepto alguno que diga que la madre natural al contraer matrimonio pierde la patria potestad, razones por las cuales es indudable que la conserva, siendo en este punto privilegiada con relación á las madres legítimas. De todo lo cual se desprende que, como quiera que uno de esos deberes y derechos indicados es la patria potestad, ésta podrá ser ejercida por la madre natural sin licencia de su marido; y como, por otra parte, la patria potestad produce como primera obligación en los padres el deber de alimentar á los hijos y tenerlos en su compañía (2), síguese de aquí que la madre natural está plenamente autorizada para introducir en el seno de su familia legítima un elemento completamente extraño á ella, sin que el marido pueda, según el Código, oponerse ni solicitar el divorcio, dado que para lo primero no se le concede acción alguna, y que para lo segundo no hay más causas hábiles que las expresamente determinadas en la ley, y el hecho de que hablamos no se encuentra entre ellas. He aquí las consecuencias que produce el admitir irreflexivamente en las leyes principios que, siquiera parezcan fundarse en poderosas razones de humanidad, no pueden aceptarse sino después de un detenido estudio que cumplidamente muestre hasta qué punto tienen virtualidad y eficacia. Véase también cómo el Código que, según hemos dicho, parece inspirarse, para sustentar la doctrina restrictiva que acepta acerca de los ilegítimos, en el más plausible respeto á la familia legítimamente constituída, llega á sancionar, sin duda, contra sus propósitos y sus intenciones, pero como consecuencia lógica de su falta de sistema, verdaderos atenta-

(1) Comas, *Proyecto de Código civil.*

(2) Art. 155.

dos al buen régimen de ese organismo, cuyo bienestar y moralidad tanto importa al Estado social mantener.

Por último, al concederse en nuestro Código la patria potestad á los padres naturales, se concede con todas sus consecuencias, incluso las que se refieren á los peculios de los hijos. Ahora bien; ¿cómo de la relación entre padres é hijos ilegítimos, que surge del daño causado á éstos por los primeros y que, en la generalidad de los casos, será la única que existirá, se puede ir á parar á que este daño produzca beneficios para los padres bajo la forma de un usufructo legal? La incongruencia es tan patente, que con enunciarla basta.

Si entrásemos ahora á comparar la consideración que á la ley merece la madre natural, con la que de ella obtiene la legítima, las desigualdades y los privilegios á favor de la primera podrían notarse en muchos puntos; pero creo que lo dicho hasta aquí basta para poner de manifiesto las contradicciones del Código, su carencia absoluta de un criterio científico, y, muy principalmente, lo apartadas que sus leyes están de la realidad, fuente inagotable de enseñanzas y única maestra de los legisladores.

Concluímos, pues, que el Estado no debe, por regla general, reconocer la patria potestad en los padres naturales; pero como al mismo tiempo es evidente que no puede dejar desamparados á los hijos ilegítimos, síguese que debe tomar otras medidas y hacer uso de otros recursos que conduzcan al fin dicho de la protección que no puede dejar de cumplir.

En nuestra opinión, los hijos ilegítimos deben estar sujetos á una tutela que el Estado debe organizar sobre fundamentos más sólidos que los que sirven de base á esta institución en nuestro Código civil. En el precioso libro de Cavagnari, *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari*, se encuentran discretísimas observaciones que pueden ilustrar el criterio del legislador cuando acomete la empresa de reformar las instituciones tutelares. La creación del juez pupilar que propone el autor citado, no tenemos reparo alguno en admitir-

la, y cremos que precisamente en la tutela de los ilegítimos es donde ha de producir mejores resultados.

Estamos muy lejos de aceptar todas las conclusiones de Cavagnari, especialmente en lo que se refiere al consejo de familia; pero tratándose de hijos ilegítimos, no se nos oculta, dado nuestro sistema, que no procede el que ese órgano del derecho venga á realizar función alguna.

Somos partidarios del consejo de familia, y creemos que la esfera de su acción debía extenderse á más casos que al simple de tutela, para el cual nuestro Código lo crea, pero entendemos que si nuestro legislador, por una parte, ha planteado de modo incompleto esta institución, por otra, ha limitado sin fundamento la intervención del poder público, puesto que el registro de las tutelas es un medio bastante deficiente para el fin que se ha querido conseguir, y es á todas luces precisa, en nuestra opinión, una intervención más directa y positiva del Estado en la tutela de los menores é incapacitados.

No es nuestro propósito desarrollar en sus detalles de reglamentación los principios á que debe sujetarse la tutela de los ilegítimos; creo baste con lo dicho para hacer comprender nuestro pensamiento, y en lo que callamos, nos referimos á lo expuesto por Cavagnari, respecto del juez pupilar, en la obra aludida, y que con provecho puede ser consultada.

CAPÍTULO VI

Reparación del daño causado.—Cuestión previa.—El derecho sucesorio en los ilegítimos, según los principios.—Referencia á la opinión de D'Aguanno.—Disposiciones del Código civil vigente: crítica de las mismas.

Decíamos en el cap. 1.º de estos estudios, al comparar la situación de los hijos ilegítimos con la de los legítimos, que éstos acreditan un derecho á la sucesión de sus padres, y que en los primeros, por más que sea doctrina muy generalizada el concederlo á algunos de ellos, no se daban, en nuestra opinión, términos hábiles para que el indicado derecho surgiera.

Y como, por otra parte, según tenemos afirmado, para llegar al exacto conocimiento de la condición jurídica de los ilegítimos no basta atender al daño causado, sino que es preciso además examinar el fundamento de ciertas instituciones jurídicas, con las cuales se pretende relacionarlos, de aquí que tengamos que exponer, con la concisión propia de estos estudios, cuáles son los que nos explican y justifican la materia comprendida en lo que llamamos derecho sucesorio.

Entrando, pues, en esta cuestión, vamos á limitarnos á extractar lo que acerca de ella sostiene el ilustre Cimbali (1), pues las conclusiones sentadas por este escritor parécenme las

(1) Op. cit.

más aceptables, al menos hasta ahora y dado el estado actual de la ciencia del derecho civil: en lo que de sustancial tienen estamos conformes con ellas, sin embargo de que, como más adelante haremos notar, no lo estemos igualmente con algunas de las aplicaciones que hace de los principios que sienta, ni con todas las consecuencias que de ellos quiere hacer derivar.

He aquí cómo se expresa el malogrado escritor italiano:

«La función que el derecho sucesorio viene á cumplir, representa en el orden social la continuidad del goce relativamente á los bienes materiales y á los agentes de la naturaleza, utilizados y apropiados por el hombre; como en el orden físico, la generación representa la continuidad de la vida humana, á cuyas necesidades deben aquéllos atender perennemente. La continuidad de la vida de la humanidad á través de la cadena no interrumpida de generaciones que se suceden, mediante la renovación constante de los elementos de que ésta se compone, implica necesariamente la continuación en el goce de los bienes necesarios al desarrollo progresivo de la vida misma, y á este propósito cita la siguiente frase de Binckershoek: «Cuan»do un individuo muere, su puesto no queda vacante: inmedia»tamente es sustituído por otro, del mismo modo que la ola del »mar ocupa sin interrupción el lugar de la ola que muere sobre »la playa.»

Pero si lo dicho explica racionalmente la necesidad social de la sucesión en los bienes, cual complemento natural de la generación en el individuo, no nos da hasta ahora el criterio para decidir á quién deben ir á parar los bienes vacantes después de la muerte del dueño. Resolver esta cuestión, que es precisamente donde está el nudo de la dificultad, no será imposible si se tienen presentes en su conjunto armónico los varios elementos que componen el complejo derecho de propiedad, encarnado durante su vida en la persona del titular, y que por efecto de la muerte es útil se descomponga en los términos elementales que le constituyen, aunque en cantidad y proporciones diversas.

Se ha dicho que el derecho de sucesión se reduce de una parte al derecho de familia, y de la otra al derecho de propiedad, y que la misma presupone á un tiempo la justificación del derecho de propiedad (lado individual) y la organización de la familia (primer lado social); pero no se ha dicho todo. La palabra *sucesión* denota la sustitución de persona viviente en el lugar de una persona difunta, en todos los bienes y relaciones jurídicas á que ésta en vida se encontraba ligada. Mas ¿quién puede tener el derecho de ocupar enteramente el puesto dejado vacante por el difunto? Como cesa la identidad en la cualidad y en las relaciones meramente personales, así debe cesar igualmente cuanto al ejercicio de las relaciones patrimoniales. Sólo subsidiariamente podrá cumplirse por otros individuos, tanto el oficio personal, cuanto el oficio patrimonial, mantenido por el difunto.

El difunto debía poseer, ciertamente, á título de propiedad, un conjunto de bienes que constituían su patrimonio, para que pudieran los mismos transmitirse, á título de herencia, en otras personas sobrevivientes. El derecho de sucesión también presupone constituído ya el derecho de propiedad: luego en los precisos límites en que tiene lugar el derecho de propiedad se encarna y se desarrolla el derecho de herencia. La propiedad, empero, es un derecho complejo con relación á los múltiples factores ó coeficientes que, si bien en medida y proporciones diversas, concurren á producirla. El predominio del elemento individual en la constitución de la misma, hace que sea individual el uso y el ejercicio de la propiedad; y aun también porque, bajo el impulso del interés individual, se cumple mejor la función social de proveer á las necesidades de la sociedad, á la que se encontraba ordenada. Pero en la constitución de la propiedad hay que tener cuenta del elemento social, que se resuelve en dos términos: de la familia, y de la sociedad en general. La primera, en cuanto coopera con la cabeza y sus individuos á la creación ó aumento del valor en que la propiedad se concreta. La segunda, después, en cuanto como organis-

mo jurídico de la totalidad en cuyo seno se funden y se coordinan los varios órganos de la asociación (individuos, familias, asociaciones, entes morales de cualquiera naturaleza), sea prestando varias garantías de tutela contra cualquier violación ó ataque, sea facilitando las condiciones generales necesarias al sostenimiento y desarrollo de la vida humana en sus diversos órdenes, y aun al desarrollo íntegro de las facultades humanas, de manera que se puedan alcanzar los fines comunes de la vida, viniendo también éste á ser factor de la propiedad privada.

Hay necesidad, pues, de interesar el concurso de estos tres elementos en la constitución de la propiedad: el elemento puramante *individual*, el elemento *familiar*, el elemento puramente *social*. Mientras vive el cabeza de familia, ó, en general, el miembro titular de la propiedad, permanece unido al mismo el uso y el goce exclusivo de ésta, salvo la obligación de suministrar los alimentos que necesiten á los otros miembros de la familia que han contribuído con su trabajo á constituirla, y de pagar al Estado el impuesto en proporción del valor de la misma, en correspondencia de los servicios y de los beneficios que de él recibe; como también durante la vida del titular, tanto los miembros de la familia cuanto el Estado, tienen un derecho de esperanza que se concreta y realiza en el instante de la muerte; derecho, por lo demás, que no perjudica para nada las enajenaciones que el propietario tiene la facultad incontestable de hacer por acto entre vivos.

La cuota de reserva, en verdad, constituye una sucesión necesaria, en cuanto se adquiere por los que por la ley tienen derecho, aun contra la voluntad del propietario, y es al mismo tiempo la afirmación del condominio que á cada miembro de la familia compete respectivamente sobre los bienes del otro, en perfecta correspondencia con la posición que ocupa en el seno de la familia como organismo ético.

Solamente á la muerte del titular es cuando se resuelve en sus elementos simples el derecho complejo de propiedad, ó

mejor, que se separa la comunidad del derecho sobre los bienes, cuyo ejercicio tuvo durante su vida, como principal interesado y como autor principal en la formación de la propiedad. Sólo entonces es cuando cada uno de los tres factores reivindica para sí la parte de derecho que respectivamente le compete sobre la propiedad común. De la parte de bienes correspondiente al trabajo y sacrificio que se reputa haber empleado el individuo para producir el valor en que la propiedad se concreta, puede cada uno, á su arbitrio, disponer libremente en favor de quien quiera. La parte remanente después, variable según la posición que ocupan los miembros sobrevivientes, el grado de colaboración que se reputa hayan podido prestar en la producción de los bienes, y el de participación que efectivamente hayan tenido hasta la muerte del titular en el goce de éstos, como también según el grado de afección y de obligación que le ligaba en la vida, está necesariamente reservada á la familia, salvo en el individuo el derecho á disponer libremente de todo el patrimonio cuando falten parientes que tengan derecho á reserva.

El Estado también concurre siempre, por tener una cuota de herencia bajo forma de impuesto de sucesión, la cual, de mínima que es cuando ésta se abre en favor de los parientes próximos (descendientes y ascendientes), es mayor á medida que se debilita el vínculo de parentesco por la calidad de la línea y la distancia del grado».

He ahí claramente expuestos los fundamentos de la sucesión testamentaria; para justificar la legítima no hay que acudir á nuevos principios, pues partiendo de lo dicho, se puede llegar á su fácil comprensión.

«Se ha visto que existe el concurso simultáneo de los tres elementos dichos en reivindicar cada uno la parte de derecho que respectivamente le pertenece, cuando, faltando el principal, debe por necesidad de las cosas disolverse la *societas bonorum*, de la que constituía el centro y el órgano funcional. Mas puede ocurrir que alguno de estos, ó porque no pueda, ó porque

no quiera, directamente, ó por medio de representante, no esté dispuesto á reivindicar la cuota que le pertenece sobre la propiedad de los bienes. Y sólo entonces la sucesión por falta de concurso simultáneo de los diversos actores y órdenes de herederos, es, ó exclusivamente legítima, ó exclusivamente testamentaria, según falta del todo ó se declare nulo el testamento, ó bien haya dispuesto de todo el patrimonio, sin excepción de clase, la persona del difunto, por acto de libre voluntad, no dejando tampoco herederos que tengan derecho á reserva.

La preferencia y la preeminencia corresponde al titular, lo mismo por actos entre vivos que *mortis causa*, que es el coeficiente más importante de la propiedad, siempre que piense ejercitar el propio derecho por medio de un representante legítimo, formalmente designado antes que con el hecho de la muerte se rompan los vínculos que le ligaban á la propiedad. Cuando el propietario dispone por acto gratuito entre vivos ó de última voluntad de la totalidad de sus bienes, ni deja persona que tenga derecho á reserva, como representante de la familia, sucede, por faltar el concurso del elemento familiar, el predominio completo del elemento individual, que absorbe la parte de derecho correspondiente al primero, y ocurre todavía que una parte mínima de la cuota, la famılla la deja vacante en favor del Estado, bajo la forma de aumento proporcional de la tasa de sucesión. Como, viceversa, cuando el propietario no dispone por acto gratuito entre vivos ó de última voluntad de la cuota exclusiva de bienes disponible que le compete sobre su patrimonio, inmediatamente sustituirá el derecho de la familia, que después de el del individuo representa legítimamente el elemento más fuerte frente al Estado, que por una cuota relativamente inferior se ofrece como heredero necesario también. En este segundo caso, la cuota vacante por falta de disposición del individuo, es ocupada y absorbida por la familia, que la atrae á sí completamente, salvo siempre, en beneficio del Estado, una cuota de participación relativamente mayor á medida que se debilita el vínculo de parentela entre

los que en la representación de la familia son llamados á recoger la sucesión. La sucesión, en fin, se confiere enteramente al Estado, á título de *bienes vacantes*, cuando faltando juntamente al mismo tiempo, por carecer de disposición, el elemento individual, y, por no tener parientes en el grado determinado por la ley, el elemento familiar resta el elemento social como único concurrente para tomar por completo las cuotas de derecho dejadas abandonadas por los otros partícipes preferidos en la contienda.»

Explicados de esta suerte los fundamentos de la sucesión testamentaria y de la legítima, tócanos ver ahora, partiendo de ellos y teniéndolos muy en cuenta, cómo se dan en los hijos ilegítimos y de qué manera puede justificarse en éstos el derecho sucesorio que por muchos Códigos se les reconoce, ó si, por el contrario, es forzoso concluir que, tratándose de los mencionados hijos, no concurren términos hábiles para que el derecho aludido surja.

No se nos oculta que á la doctrina de Cimbali por nosotros expuesta podrán presentarse objeciones, algunas de ellas dignas en verdad de minuciosa respuesta: sin que entremos nosotros á examinarlas, pues esto nos llevaría á tratar en los presentes estudios materias que no ha sido nuestro propósito abarcar, séanos, sin embargo, permitido decir que la cooperación ó colaboración de los individuos de la familia en la producción del capital, la entendemos de un modo amplísimo, no determinado expresamente por Cimbali, pero no por eso extraño, en nuestro concepto, á su intención y á su especial modo de considerar el problema. Podría decirse que en el caso en que, por ejemplo, á la muerte de un padre quedasen sus hijos en la primera infancia, no había habido por parte de éstos colaboración alguna en la formación de la propiedad familiar, y que, por consiguiente, faltando en este caso el fundamento, procedería negar á esos hijos el derecho en la sucesión de sus padres. Pero tal observación caerá por tierra si esa colaboración se entiende del modo amplio que indicamos: no ha de consis-

tir ésta precisamente en la realización de actos materiales que *directamente* produzcan como consecuencia el aumento de utilidades en el fondo familiar, bien consistan éstas en objetos, bien en dinero; la colaboración puede resultar de la mera existencia del individuo en el seno de la sociedad familiar, en cuanto por sí sola determina motivos en el ánimo del que personal y directamente produce (el padre en el ejemplo propuesto) que le mueven á perseverar en su labor y en el ejercicio ordenado de su actividad, estimulado de esta suerte por la mera consideración de esos seres con quienes le ligan vínculos de afecto y de cariño. A lo sumo, la objeción propuesta podría indicar la necesidad de reforzar los argumentos de Cimbali con las consecuencias que se deducen de la consideración especial de los deberes que el finado estaba llamado á cumplir, lo cual, si tal vez no ha merecido de Cimbali la atención que merece, no por eso puede decirse que está en pugna con los principios que sienta, ni tampoco que huelgue dentro de su sistema.

Podrá objetarse también que, puesto que para el mantenimiento de las necesidades del Estado diariamente se contribuye con los distintos impuestos que las leyes reconocen, no es fácil de justificar esa participación que dentro del sistema expuesto se le concede, ya que entonces resultaría extraordinariamente favorecido, y de este modo y fundándose en estas consideraciones, venir á negar el segundo lado ó aspecto social.

Pero á tal manera de argumentar puede contestarse manteniendo el argumento mismo, y sin salirse de la cuestión que propone, que igual razón habría entonces para negar el derecho sucesorio á los hijos en la mayoría de los casos, ya que durante la vida de sus padres son alimentados por ellos y perciben de esa propiedad familiar todas las utilidades posibles, las que, sin duda, generalmente superan á los esfuerzos por ellos realizados en pro de su formación y aumento. Más todavía: al pagar los impuestos, puede decirse que se satisface á la sociedad el equivalente de los beneficios que de ella obtene-

mos al manifestarse actualmente organizada en forma de Estado para el cumplimiento del derecho; pero ¿y los beneficios que hemos obtenido de la sociedad misma al utilizarnos de la labor acumulada durante siglos por las generaciones que pasaron? ¿y lo que á nosotros es exigible para provecho de las generaciones venideras? En la vida, pues, de la sociedad, mejor dicho, de la humanidad misma ampliamente considerada, encontramos la razón suprema de esa participación que al Estado corresponde según el sistema expuesto.

Otro modo de considerar la cuestión nos llevaria derechamente á caer en los errores del criterio exclusivamente individualista, cuyos desastrosos efectos tiende á borrar la moderna tendencia del derecho civil, reconociendo en tal empresa uno de sus fines y en la realidad de tales efectos uno de sus motivos.

Pero, repetimos, que no ha sido nuestro propósito examinar todas las objeciones que un espiritu sagaz pudiera presentar contra la doctrina de Cimbali: de algunos fundamentos habíamos de partir para nuestro estudio, y entendemos que los antes expuestos son capaces de satisfacer por hoy todas las exigencias; su discusión, que podría ser objeto de otra obra, no cabe ciertamente en los límites de ésta.

Ahora bien: volviendo al objeto de estos estudios, no nos es difícil afirmar que los ilegítimos no pueden acreditar dentro del sistema expuesto el derecho sucesorio de que tratamos.

Por regla general, viviendo estos hijos fuera de la familia, y en todo caso de la familia legítima que sus padres hayan podido constituir, ocioso es hablar de una cooperación que no existe y de una participación que no han llegado á tener. Ya lo hemos dicho en distintas ocasiones, y la realidad puede en todo momento comprobarlo: lo normal, lo regular en la situación de padres é hijos ilegítimos, es que sólo existan entre ellos las relaciones que se derivan del daño causado; el abandono del hijo, la falta de cumplimiento de las obligaciones más sagradas por parte de los padres, y el que éstos, en una palabra,

pongan de su parte cuanto puedan para que no se produzcan los vínculos de afecto y de cariño que debían ser la consecuencia de la generación, es el fenómeno que todos los días se presenta, y denotando necesidades no satisfechas y legítimas aspiraciones que no han encontrado su término natural dentro del campo del derecho del Estado, ha sido causa, como en otro lugar hemos dicho y conviene no olvidarlo, de que por los que se preocupan de la solución de los problemas jurídicos sociales se intente llevar al espíritu de las legislaciones positivas el de justicia que necesitan en esta materia concreta, admitiendo la investigación de la paternidad con todas las consecuencias que, más ó menos lógicamente, se pretende sacar de ella.

Pues bien: de la mera consideración de la realidad surge en nosotros el convencimiento de que, no habiendo cooperado esos hijos á la producción de la propiedad del titular, no pueden acreditar en ella participación alguna, y que, por consiguiente, llegado que sea el momento en que esa suma de utilidades se descomponga, reivindicando cada uno de los factores que intervinieron en su formación la parte que le pertenece, el ilegítimo no puede presentarse con ese carácter que las circunstancias especiales en que ha vivido no han podido darle. Y á sentar esta conclusión nos vemos forzosamente conducidos, cualquiera que sea el sentido en que esa cooperación se tome; pues, aun entendida en ese amplísimo que le damos, es evidente que en los ilegítimos no existe. La base de esa cooperación, en su amplio sentido, es el afecto y el cariño existente entre los individuos de la familia; sin él, la mera existencia de una persona y la consideración de las necesidades que por sí mismo no puede satisfacer, jamás pueden determinar un móvil ó un estímulo en el ánimo del que produce, de tal suerte, que en verdad pueda decirse que á la causa de ese estímulo sea debida la producción que se alcanza.

Entre padres é hijos ilegítimos no existen, por regla general, los vínculos de afecto y de cariño; es ésta, sin duda, una

anomalía psicológica; pero es una *anomalía real*, que obedece á causas determinadas y que se produce cuando éstas existen; y existen de hecho, por regla general, en las relaciones entre padres é hijos ilegítimos; razón por la cual la dicha anomalía se presenta como lo común y ordinario.

Si á los deberes que el padre tiene que cumplir se atiende, tampoco llegamos á encontrar la justificación del derecho sucesorio de que hablamos.

Fúndanse los deberes de los padres ilegítimos, respecto de sus hijos, en el daño que les causaron al darles de modo incompleto el bien de la vida; otra fuente de deberes no existe, por regla general. Pues bien, cuando los padres mueren, hay que suponer que, por lo común, se ha verificado la reparación de todo el mal reparable; han suministrado los alimentos con lo cual se ha conseguido conservar esa vida, ya que la primera condición para el cumplimiento de nuestros fines es la de vivir; han proporcionado los medios para que el ilegítimo tenga una profesión, arte ú oficio que son condiciones tan indispensables como las que residen en los alimentos; los ilegítimos han podido, por su parte, reivindicar un nombre; caso que juzguen que ese nombre es para ellos un bien, ¿qué daño les queda por reparar? Ciertamente uno muy importante: el cariño y el afecto de que los ilegítimos se vieron privados; la acción educadora oportuna y fecunda en toda ocasión y en todo momento que sobre ellos no llegó á ejercerse; el ambiente, en fin, formado por el organismo familiar, constituye, en verdad, un daño no reparado durante la vida de los padres. Pero, ya lo hemos dicho antes de ahora: no todo el daño es reparable por el Estado: ni el Estado puede imponer á los padres sentimientos de que carecen, ni los actos que, inspirados por esos sentimientos debían haberse realizado, son susceptibles de ser sustituídos por otros. No quedando más que este daño por reparar y ofreciendo el carácter que hemos dicho, procede preguntar: ¿qué males viene á borrar el derecho sucesorio de los ilegítimos? Si, por regla general, no existe

más que la reclamación derivada del daño causado y este fué ya resarcido en cuanto era posible, ¿qué justificación puede tener ese derecho sucesorio que carece de término al cual se refiera, y que cuanto más atentamente se considera más se nos muestra como graciosa concesión del poder público?

Razones de conmiseración y de piedad hacia los hijos naturales han podido mover á los Códigos para admitirlos en la sucesión de sus padres; pero, prescindiendo de si estas razones, como tales, deben tener cabida en las leyes, siempre podrá preguntarse á nuestros legisladores: ¿acaso los hijos adulterinos é incestuosos no son dignos de lastima y de conmiseración? ¿acaso no militan respecto de ellos las mismas razones que respecto de los naturales? Podrá decirse, reforzando el argumento á favor del derecho sucesorio de que hablamos, que esa piedad surge en el legislador en vista del daño causado, y que el derecho de que hablamos tiende en cierto modo á repararlo: más adviértase, en primer término, que esos dos principios no pueden armonizarse, por cuanto en el momento en que empieza la reparación debida, acaban la piedad y la conmiseración, y, nótese además, que la reparación, para ser justa, no basta que sea tal reparación en el propósito, sino que es preciso que se contraiga al daño, y que frente á cada daño particular se presente como una retribución que sea la *debida* y no *otra*, la adecuada al daño mismo, cuya naturaleza y extensión no pueden perderse de vista, si no se quiere llegar á conclusiones como la que combatimos.

Contra la negación del derecho sucesorio de que hablamos puede también objetarse diciendo, que si los padres ilegítimos únicamente durante su vida es cuando deben reparar el daño causado, en aquellos casos en los que á la muerte del padre el hijo quede en la primera infancia, incapaz todavía para valerse por sí ó bien demente ó imposibilitado por otra enfermedad, habiéndose realizado la reparación á medias, el derecho sucesorio se presenta como necesario, si aquélla ha de ser completa y eficaz. Pero, dentro de las conclusiones que ve-

nimos sentando, tal objeción no puede ser bastante á desvirtuarla, pues que para estos casos debe existir precisamente la obligación de alimentar, trasmisible á los herederos como una de las responsabilidades á que estaba afecto el patrimonio del finado. El padre venía cumpliendo esta obligación, á pesar de haber llegado el hijo á la mayor edad, por que la existencia de las circunstancias dichas así lo exigían; era un derecho á todas luces de los que llamamos personales el que á los ilegítimos asistía para reclamar estos alimentos, determinado estaba el sujeto pasivo del mismo, no recaía sobre tales ni cuales bienes, ni sobre una cuota parte de una universalidad de ellos, y, no presentando estos caracteres, no acertamos en verdad á explicarnos, cómo un derecho cuya naturaleza de personal no puede desconocerse, llega á trasformarse, por el mero hecho de la muerte del obligado, en un derecho real de la naturaleza del hereditario.

La cuota hereditaria tiene un significado distinto del simple derecho á los alimentos: la cuota hereditaria indica que el individuo á quien la ley se la reconoce, tenía en vida del causante un derecho cierto sobre los bienes relictos, derecho cuyo nacimiento con anterioridad á la muerte del propietario no puede desconocerse, desde el momento que encontramos y admitimos como justo el precepto que dispone que solo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legítima ó á una parte alícuota de la herencia y sus herederos ó causahabientes; junto al cual tiene lugar en los Códigos aquel otro que dice que los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción dicha, ni aprovecharse de ella. La obligación de alimentar, siendo para el sujeto activo, como hemos dicho, un derecho de los llamados personales, sin duda afecta algo á los bienes, en cuanto que su cumplimiento implica una disminución de éstos para el obligado, pero no supone un derecho de la naturaleza del que asiste á un miembro de la familia legítima en quien se dé la colaboración y participación de que hemos hablado; lejos de esto, se relacio-

na solamente con el patrimonio del obligado, por entenderse que todo lo que éste comprende tácitamente está sujeto á responder de las obligaciones de su titular, principio que no puede negarse si no se quieren echar por tierra los fundamentos en que descansa gran parte de las materias del derecho civil.

Esta obligación de alimentar, pues, como todas las que se derivan de un hecho ilícito, es perfectamente trasmisible: los hijos ilegítimos se presentarán á la sucesión de sus padres como verdaderos acreedores, y este carácter es el que realmente les corresponde, atendida la fuente de dónde se deriva la relación jurídica que con sus padres les liga. No es el crédito, cuya satisfacción reclaman, de aquellos que deben pagarse de una vez; pero, poco importa: así como la libre voluntad concordada ha podido crear obligaciones cuyo cumplimiento se realice por actos sucesivos y no simultáneos ni en uno solo, por encontrarse de esta suerte, en concepto de las partes contratantes, mejor que otra alguna, la relación de utilidad apetecida; de igual modo, la naturaleza del hecho ilícito de donde la relación surge, puede imponer el que las obligaciones se cumplan en épocas marcadas y en actos sucesivos, por la razón sencilla de que sólo cumpliéndose de esta manera, es como el cumplimiento de esas obligaciones puede resultar útil.

Claro está que si á las partes conviene y existe acuerdo previo entre el ilegítimo y los herederos de su padre, no debe excluirse de las leyes la posibilidad de que esos alimentos, en vez de satisfacerse del modo que indica la sucesiva aparición de las necesidades concretas de la vida, esto es, por mensualides ó anualidades, se satisfagan de una vez y mediante la entrega de una cantidad alzada; pero, entiéndase bien, que este acuerdo que tiende á beneficiar á los miembros de la familia legítima, no puede impedir en buenos principios el que la aparición de nuevas necesidades, no previstas al hacerse el cómputo y no ocasionadas por la mala conducta del ilegítimo, exija justísimamente el aumento de la cantidad ó de los bienes en-

tregados, ya que los hechos han venido á demostrar que no bastan para reparar el daño de que se trata.

Además, conviene tener presente que en los casos en que á ese acomodamiento se llegue, para regular lo que de una vez debe entregarse á los ilegítimos, librándose de esta manera los herederos de los padres de la obligación de suministrar los alimentos, por ejemplo, mensualmente, no se ha de acudir á tomar como clave el afecto y el cariño que debía haber existido, ni la colaboración en la propiedad familiar que, según hemos dicho, no se da respecto del ilegítimo, sino simplemente el daño reparable causado, con arreglo á los principios que hemos sentado en el curso de estos estudios. En suma; uno es el criterio de las leyes para fijar lo que se llama porción legítima, y otro el que debe seguirse en el caso de que se realice el convenio de que hablamos.

De todo lo dicho se desprende, que si los hijos habidos fuera de matrimonio, cualquiera que sea su clase, no tienen derecho á una porción legítima, tampoco deben ser llamados á la herencia abintestato de sus padres. Basta recordar los fundamentos expuestos, y fácilmente se comprenderá cómo no perteneciendo á la familia ni habiendo colaborado en la producción de la propiedad familiar, no pueden ostentar el carácter que necesitarían para ocupar parte de la cuota vacante por falta de disposición del titular.

Hemos partido, para sentar las conclusiones á que hemos llegado, de la doctrina sustentada por Cimbali; dentro de ella hemos visto que no puede justificarse el derecho sucesorio de los ilegítimos; pero, aun todavía, si de otros fundamentos partiésemos, tal vez sin violencia de principio alguno, podríamos llegar á idénticas conclusiones.

Así, por ejemplo, los que vean en la propiedad el resultado del individual esfuerzo y desconozcan el aspecto social de la cuestión, irán á parar lógicamente á admitir la libertad de testar, con la cual no es compatible la porción legítima de los hijos naturales ni ninguna otra: respecto de la sucesión abintes-

tato, si se considera que la misión de la ley al hacer los distintos llamamientos no es otra que interpretar la voluntad del finado, claro es que será una suposición gratuita, según tenemos dicho, la que consiste en afirmar que aquél profesaba al ilegítimo un cariño que, por regla general, estaba muy lejos de sentir.

Otros fundamentos se han señalado del derecho de sucesión por la moderna escuela positiva, que á primera vista parecen contradecir las conclusiones á que hemos llegado por los principios que de un modo exclusivo enuncia, pero que luego no mantiene en el desarrollo de la doctrina que establece. El ilustre D'Aguanno (1), después de fijar el concepto de la herencia bio-psicológica, trata de demostrar, fundándose en él, que si se trasmiten hereditariamente las cualidades biológicas de los antepasados, y en gran parte las anomalías orgánicas, los vicios de conformación, ciertas especies de enfermedades, las virtudes y los defectos, también deben trasmitirse los bienes.

«En efecto—añade,—si es verdad que, hablando biológicamente, todos los hombres renacen en sus descendientes, por cuanto éstos tienen un organismo parcialmente idéntico y conformado de la misma manera que el de sus progenitores, y el desarrollo de dicho organismo se verifica de una manera uniforme al de éstos, claro es que la ley debe reconocer esta no interrumpida cadena que liga á los padres con sus descendientes, y debe reconocer la intimidad biológica que existe entre los unos y los otros. Y si la ley admite y garantiza la propiedad personal en el individuo, debe reconocer el derecho de trasmitir esta propiedad á sus descendientes, que son una continuación fisiológica y psicológica de los padres. Si la ley no lo hace así, pretextando que no existe identidad personal entre unos y otros, nosotros contestaremos diciendo que tampoco existe esta identidad en el individuo, en rigor estrictamente

(1) Op. cit.

fisiológico. En uno y en otro caso existe reproducción, desarrollo celular y evolución; pero, además, permanece siempre un fondo común—sea que éste se derive de las ondulaciones plastidulares, según Hæckel, ó de cualquiera otra manera—gracias á la herencia, en virtud del cual se reproducen los caracteres del organismo, tanto en el individuo como en la especie. El derecho de propiedad que en el individuo persiste, no obstante la continua integración, diferenciación y destrucción de células, no puede, pues, extinguirse cuando existen hijos que él haya procreado ú otras personas ligadas con el mismo por vínculos estrechísimos de sangre. Estos vínculos de la sangre de que tantos juristas han hablado, y cuyo aspecto científico tan pocos han estudiado convenientemente, son los que deben servir de base á las sucesiones legítimas, y en relación con estos vínculos, que no puede romper ninguna convención humana, deben establecerse los órdenes de personas llamadas á la sucesión.»

Pasa después á estudiar el derecho de sucesión con relación á la familia, en la que encuentra otras circunstancias que vienen á reforzarlo, aunque, según expresa, el solo vínculo fisiológico basta para fundarlo.

Respecto de la sucesión testamentaria, dice el autor citado, que si encuentra una plena justificación en el caso de que falte la familia legítima, porque el individuo concentra entonces sus afectos en otras personas, á las cuales prodiga sus cuidados y para las que desea todo género de comodidades, como lo haría con su propia familia, no tiene justificación completa cuando existe la familia legítima, porque, para cimentar bien los vínculos de ésta, debe la ley hacer comprender al jefe de la misma que tiene deberes hacia los hijos á quienes ha dado la vida y son una parte de su propio ser, así como los hijos tienen deberes de gratitud para con sus padres.

Tales son los fundamentos sustentados por D'Aguanno; si, á pesar de la afirmación que hace de que el solo vínculo fisiológico basta para fundar el derecho sucesorio, que de admitirse

destruiría cuanto hemos dicho acerca de ese derecho en los ilegítimos, examinamos como desarrolla su doctrina y de qué manera es eficaz ese fundamento para explicar todas las conclusiones á que llega, no nos será difícil convencernos de que para las aplicaciones prácticas, el vínculo fisiológico, considerado aisladamente, no es bastante y es preciso acudir á otros fundamentos más eficaces. Así, por ejemplo, al tratar de los hijos adoptivos, respecto de los cuales no cabe hablar de vínculo fisiológico, no tiene inconveniente en reconocer el derecho que les asiste á la sucesión del padre adoptante; luego sólo con vista de este caso podemos afirmar, que, á pesar del exclusivismo con que se quiere presentar ese vínculo fisiológico, en el desarrollo de la doctrina, que es á lo que hay que atender principalmente antes que á su fórmula de enunciación, se acude por el mismo D'Aguanno á otros fundamentos, ya que el indicado no es suficiente para explicar todas las conclusiones á que llega. Por otra parte, si el vínculo fisiológico basta, como dice el autor citado, para fundar el derecho de sucesión (1), en buena lógica y siendo consecuentes con el fundamento, los hijos ilegítimos debían tener exactamente igual consideración que los legítimos en este punto, puesto que el vínculo es el mismo; conclusión que D'Aguanno no acepta, admitiendo por el contrario, que sólo tengan derecho á la mitad de la cuota que los legítimos perciban.

Es cierto que, después de hablar del vínculo mencionado como fundamento de la sucesión, dice que existen otras cir cunstancias que vienen á reforzarla, y con este motivo hace algunas consideraciones acerca del organismo familiar inspiradas en las doctrinas de Cimbali, y con las cuales estamos conformes. Pero, nótese cómo estos refuerzos que encuentra para la debida fundamentación del derecho sucesorio, lejos de concordar en las aplicaciones prácticas con el principio del vínculo de la sangre, y á ser concomitantes con él, vienen á quitarle

(1) Op. cit., pág. 465.

virtualidad y eficacia en muchos casos, puesto que las consideraciones debidas á la familia legítima y la cooperación en la propiedad familiar, que no es posible suponer, según el mismo D'Aguanno dice, en los hijos ilegítimos, son razones que, en su concepto, hacen peor el derecho de éstos á quienes abona el mencionado vínculo de la sangre.

Aun todavía se nota la deficiencia del principio, por ejemplo, en las conclusiones á que llega respecto de la sucesión por el ilegítimo de los parientes de sus padres (1). Pero, no ha sido nuestro ánimo hacer un detenido examen de la doctrina á que nos referimos: basta, para nuestro objeto, consignar que la ley biológica no puede presentarse como único fundamento del derecho sucesorio, que sería lo que desvirtuaría los principios que nosotros hemos sentado. Esa ley biológica, no por completo estudiada, á lo sumo puede suministrar, hasta ahora al menos, una razón de analogía, pero no un fundamento científico capaz de explicar todas las conclusiones que revisten indudable justicia en la materia que nos ocupa.

Por último, afirmar, como afirma D'Aguanno respecto de la sucesión testamentaria, que ésta no tiene justificación completa cuando existe la familia legítima, es desconocer el aspecto individual de la propiedad, por lo cual nos remitimos á lo que expusimos al principio del capítulo.

Pasando ya á tratar de las disposiciones de nuestro Código civil acerca del derecho sucesorio en los ilegítimos, poco hemos de decir, por ser muy escasas las disposiciones que en él se encuentran, y referirse muchas de ellas, no propiamente al desarrollo de principios, que es lo que importa discutir, sino á la parte reglamentaria y accidental que no ha sido nuestro propósito estudiar.

Lo primero que puede notarse es que nuestro Código civil, en la materia de que hablamos, sostiene la distinción entre los hijos naturales y los demás ilegítimos. Estos últimos sólo

(1) Op. cit., pág. 536.

tienen derecho á los alimentos que pueden exigir de los herederos de sus padres: los primeros, no solamente tienen porción legítima, sino que ocupan un lugar en la serie de llamamientos para la sucesión abintestato. Con este motivo, repetimos lo que en otro lugar hemos indicado; si la existencia del vínculo de la sangre ha movido al legislador para otorgar estas concesiones á los naturales, la misma razón le hubiera servido para elevar la condición de los ilegítimos en punto al derecho sucesorio. Si el respeto y la consideración que merece la familia legítima, y la expectativa de los perjuicios que podrían venir á los miembros de ella, han sido causa de que en los demás ilegítimos no se reconozca más que el derecho á los alimentos, los mismos respetos y los mismos perjuicios podían haberle aconsejado suprimir las preeminencias otorgadas á los hijos naturales. Y si ninguna de estas razones han sido las que le han determinado á adoptar las soluciones dichas, una de dos: ó se quiere castigar en los adulterinos é incestuosos el pecado cometido por sus padres, ó se pretende castigar á éstos después de su muerte, haciendo que los hijos naturales acrediten una porción legítima en su herencia; y es evidente, que ni los primeros son culpables, ni el segundo castigo recae sobre materia apta para imponerlo.

Los preceptos del Código, que fijan la porción legítima de los hijos naturales según los herederos con quienes concurran, no han de ser objeto de nuestro examen, pues la índole especial que revisten los excluyen de nuestra investigación, ya que parece que el legislador se ha inspirado al dictarlos en un criterio de oportunidad y conveniencia.

Sólo haremos notar, y con ello daremos por terminado este capítulo, que no encuentra justificación, en nuestro concepto, la diferencia que se establece al hacer transmisibles los derechos de los hijos naturales, y no los alimentos que los demás ilegítimos tienen derecho á percibir; y, por otra parte, que puede dar lugar á graves dudas, tratándose de los hijos naturales, la declaración que hace el Código de que el derecho á la

porción legítima que les asiste se trasmite por su muerte á sus descendientes legítimos, mientras que al hablar de los derechos que les competen en la sucesión intestada, dice que por su muerte pasan á sus descendientes, sin especificar aquí si se refiere á los legítimos solamente ó á todos en general. Nos resistimos á creer que tal diferencia revele un distinto criterio, según se trate de sucesión testamentaria ó abintestato, y pensamos que sólo muestra la ligereza conque debió de llevarse á cabo la corrección del articulado de nuestro Código, por lo que nos parecería muy oportuna la reforma en este punto, pues aun cuando no somos partidarios del sistema del Código, sí creemos que, una vez admitido, debe expresarse con claridad y con lógica.

CAPÍTULO VII

Situación excepcional en que los hijos ilegítimos pueden encontrarse.—Misión del Estado social en este punto. Examen de la legitimación, según los principios.—La legitimación en nuestro Código civil vigente: crítica de sus disposiciones.—Conclusión.

Expuestos ya en los capítulos anteriores los principios á que deben someterse las leyes que regulan la condición jurídica de los hijos ilegítimos, y presentado el cuerpo de doctrina que consideramos racional y capaz de resolver el problema á cuyo estudio nos hemos consagrado, réstanos ahora, para completar la materia, hablar de la situación excepcional en que los ilegítimos pueden encontrarse, á fin de señalar las reglas de derecho á ella aplicables. Esa situación excepcional es producida por la concurrencia de diversas circunstancias que, al presentarse en la vida real, ocasionan fenómenos distintos del que hasta ahora hemos examinado, y que, por la mera razón de su existencia, requieren que á las relaciones jurídicas que de ella surgen se les aplique *su derecho*, el que le es debido, el que emana de su misma naturaleza, y no otro alguno, por mucha que sea la aplicación que pueda tener en otros casos y por mucha que sea la frecuencia conque las circunstancias que le dan origen se presenten en la vida.

El reconocimiento de la variedad infinita de los hechos humanos y de las mil combinaciones de las distintas fuerzas que,

al obrar sobre el espíritu del hombre, determinan en éste voliciones diversas, y más tarde actos que, si uniformes al parecer, presenta cada uno su fisonomía especial y su individualidad propia, exigiendo de modo imperioso su derecho adecuado y no otro compuesto de fórmulas generales, á todas luces ineficaz y vacío, es lo que nos mueve á completar estos estudios con las materias comprendidas en este capítulo, cuyo sentido y alcance, quitando á las conclusiones que hasta aquí hemos sentado el carácter exclusivista que parecían tener, mostrarán claramente, al menos esta es nuestra intención, cómo el sistema que venimos desarrollando, teniendo como base las enseñanzas de la realidad, no deja sin regla jurídica hecho alguno, cualquiera que sea naturaleza y el carácter excepcional con que se presente.

De esta suerte, por virtud tan sólo de las precedentes consideraciones, podrá apreciarse la diferencia existente entre nuestro sistema y el que, por ejemplo, inspira á nuestro Código civil, y no será difícil estimar cuál de los dos es el que en verdad responde á las necesidades de la práctica. Nuestro Código *concede* siempre, en todo caso, la patria potestad sobre los hijos naturales; según nuestros principios, las leyes no pueden hacer tales concesiones, el Estado sólo puede *reconocer* esa patria potestad cuando exista realmente, y para cerciorarse de que, en efecto, se da esa relación, acudirá á los hechos, única clave en este punto y único signo que no puede engañarnos. Nuestro Código concede el derecho sucesorio á los hijos naturales siempre también; nosotros, teniendo en cuenta los fundamentos de dicho derecho, veremos en cada caso si ellos se dan en los ilegítimos, y si tal ocurre, no será una concesión lo que la ley haga, sino un reconocimiento de la realidad que hay que aceptar tal como es, sin adulterarla ni oscurecerla. Nuestro Código mantiene la división en esta materia de los alimentos en civiles y naturales, sin razón alguna que tal distinción aconseje; nosotros, ateniéndonos á la realidad del daño causado, asentamos sobre sólida base la procedencia de los ali-

mentos civiles. Nuestro Código, partiendo de supuestos convencionales que no encuentran su apoyo en lo que la realidad nos enseña, prohibe la investigación de la paternidad; nosotros, admitiendo que á todos los hechos debe darse entrada en el campo del derecho para la eficacia de los efectos jurídicos que de ellos se derivan, abogamos por el principio de la más amplia libertad.

De este modo, en una palabra, abarcándose ya el verdadero alcance de uno y otro sistema, el espíritu imparcial se encontrará en aptitud de decidirse por unas ú otras conclusiones.

Sólo nos resta, como hemos dicho, examinar la situación excepcional en que los ilegítimos pueden encontrarse: emprendamos esta investigación, y de esta suerte, al terminarla habremos dado cima á nuestros estudios y habremos expuesto cuanto nos proponíamos.

Hemos dicho que lo normal, lo ordinario, lo que constituye la regla general en el problema que debatimos, es que entre los padres é hijos ilegítimos no existan más relaciones que las que se derivan del daño causado, cuya extensión y contenido tenemos ya estudiado. En consonancia con el carácter de esta relación que de tal fuente nace, hemos afirmado que todo lo que los padres se ven obligados á hacer, tiende á cumplir un fin, el de la reparación: hemos examinado en cada daño concreto su reparabilidad ó irreparabilidad, y en el curso de los capítulos anteriores, hemos procurado indicar de un modo preciso cuál es la misión del Estado en este punto, encontrando limitaciones á su actividad que, por nacer de determinadas circunstancias de hecho y de los fundamentos de ciertas instituciones jurídicas, le obligan á declararse impotente para tomar á su cargo la reparación de ciertos daños, por ser empresa que no concuerda con sus fines y para la cual carece de medios adecuados.

Pues bien; según en distintos lugares hemos indicado, habrá casos en los cuales, además de ese punto de unión entre

los ilegítimos y sus padres representado por el momento de la concepción, se den otros hechos, existan otras circunstancias producto de actos posteriores de los padres, las que, sin duda alguna, son capaces de ocasionar efectos jurídicos que no pueden pasar inadvertidos para el legislador que de las verdaderas necesidades de la práctica debidamente se preocupe.

Entre los padres ilegítimos que voluntariamente reparan el daño que causaron, y aquellos otros que, sólo constreñidos por el poder público, llegan á suministrar las condiciones que á sus hijos deben, existe, en verdad, una enorme diferencia, y ni su conducta puede ser igualmente juzgada, ni sus hechos pueden dar lugar á idénticas consecuencias. Por otra parte, entre los padres que abandonan á sus hijos ilegítimos y jamás se acuerdan de ellos, ó sólo se acuerdan cuando esa paternidad puede reportarles un beneficio, y los que, no solamente están prontos á cumplir sus deberes en la forma que el Estado puede exigirlos, sino que van aún más allá, y viviendo con sus hijos y tomando parte en sus alegrías y en sus quebrantos, ponen con sus actos cuanto pueden para que el vínculo de la sangre existente llegue á producir como lógica consecuencia esos otros vínculos de afecto y de cariño de que tantas veces hemos hablado, hay todavía una mayor diferencia que la ley, si ha de ser justa, no puede tampoco desconocer.

Existen en estos casos hechos posteriores al de la concepción, que, sin librar á los padres de las obligaciones que ésta trae aparejadas, denotan en primer término, un cierto estado de su voluntad y significan también la concurrencia de determinadas circunstancias que son aptas para hacer surgir otro linaje de relaciones, distintas, en verdad, de las que se derivan del mero daño causado.

En una palabra: hace patente la concurrencia de las circunstancias aludidas que la relación de patria potestad existe, que se ha producido por virtud de los hechos mismos, que se vienen ejerciendo por quien corresponde los derechos que implica, que no se han olvidado los deberes para cuyo cumpli-

miento existe, y que sólo necesita el reconocimiento del Estado para su completa eficacia en el orden que éste mantiene.

Hay aquí una relación familiar que puede ofrecerse en la vida de modo más ó menos completo, pero con realidad indudable dentro de los límites que presente.

Es hoy verdad por todos reconocida, que puede haber personas ligadas por un contrato de matrimonio entre quienes las relaciones del matrimonio no existan por haber desaparecido las condiciones que las mantenían: el contrato de matrimonio no es más que la forma que reviste, por la cual se pone en conocimiento del Estado el nacimiento de la nueva personalidad que aparece; es el signo externo que el Estado exige para reconocer como legítima esa personalidad que, por consiguiente, el contrato no crea, sino que es producida por la unión perfecta que constituye su esencia y que es anterior al contrato en el cual se manifiesta. Por lo tanto, puede subsistir el contrato y haber desaparecido el matrimonio por no existir ya las condiciones de que necesitaba para ser tal. De lo dicho se desprende que, por el contrario, en aquellos casos en los cuales se dé la unión perfecta entre el hombre y la mujer, pero en los que, por causas que pueden ser diversas, esa unión no se haya manifestado bajo la forma de un contrato, es indudable que existe un matrimonio natural al que sólo falta ese acto externo que no se refiere á su esencia, y que es sólo, como hemos indicado, forma de garantía que el Estado exige, la cual puede muy bien dispensarse para dar lugar á los efectos jurídicos, siempre que el Estado por otros medios llegue á obtener la certeza de que esa unión constituye realmente un matrimonio.

Pues bien; cosa semejante ocurre con las relaciones de que hablamos entre padres é hijos ilegítimos: el Estado las reconoce mediante el signo externo del matrimonio de los primeros; pero esto no excluye, en verdad, la posibilidad de que sin ese matrimonio las relaciones existan, y en este caso, el Estado debe reconocerlas siempre que se le hagan patentes por hechos indudables.

Según los escritores que hemos venido combatiendo, esas relaciones deben presumirse por virtud del mero vínculo de la sangre; por nuestra parte, ya hemos visto cómo ese vínculo no es bastante á ocasionarlas, por eso exigimos que los hechos vengan á comprobar su existencia.

Decíamos que la relación familiar que el concurso de circunstancias puede hacer patente, se presentará en la vida, con realidad indudable siempre, pero de modo más ó menos incompleto. Así, por ejemplo, en el caso en que uno de los padres haya vivido siempre con el ilegítimo atendiendo á sus necesidades y prodigándole todos los cuidados que el deber, guiado por el cariño, puede aconsejar, la relación familiar que como indudable se presenta, se da entre ese padre y el ilegítimo y no entre otras personas; la madre, si en el ejemplo propuesto era la que estaba ausente, la que abandonó al hijo y no puso nada de su parte para que surgiesen relaciones distintas de las ocasionadas por el daño, será completamente extraña á esa relación familiar, y aun cuando conste que ella es realmente la madre, no podrá jamás invocar derechos que no ha querido rectamente, por cuanto omitió lo que debía haber hecho para que le asistiesen. Por el contrario, en aquellos casos en los que viviendo los padres de consuno en unión del ilegítimo, ambos hayan cooperado á su cuidado y educación, la relación familiar existe entre el hijo y los dos padres y aun entre éstos mismos, por lo que se presenta sin duda alguna de modo más completo que en el caso anterior.

Creo que resulta ya patente cuál es la situacion excepcional en que los ilegítimos pueden encontrarse; siempre que exista, el Estado debe reconocerla como un hecho y admitir como buenos los efectos jurídicos que de ella se deriven. En estos casos encontrará una plena justificación la patria potestad de los padres naturales; se darán términos hábiles para que el derecho de sucesión surja en los ilegítimos, y, nótese bien, tal será la fuerza de los hechos mismos, que no habrá necesidad de considerar si los hijos son naturales, adulterinos ó

incestuosos, pues cualquiera que sea la clase á que pertenezcan, tendrán la consideración de hijos legítimos para todos los efectos que ésta produce. En algunos de estos casos, cuando los padres vivan de consuno constituyendo un matrimonio natural, ó cuando, aun viviendo separados, sea soltero el que cumplió con sus deberes, los hijos vivirán en compañía de los que le dieron la existencia, y, entonces también, deberá tener aplicación aquel precepto de nuestro Código que faculta al obligado á dar alimentos para escoger entre suministrarlos en su propia casa ó suministrar una renta en dinero; en estos casos, por último, estará perfectamente justificado el principio de reciprocidad en la materia misma de alimentos, pues existiendo relaciones que no nacen del daño causado, sino de otro linaje de hechos, se dan términos hábiles para que los padres puedan exigir de sus hijos esa clase de auxilios.

En vista de estas circunstancias, el Estado, ante la posibilidad de que concurran en determinados casos, debe facilitar medios á los interesados para que les den el sello legal que necesitan, y este fin es el que en buenos principios viene á cumplir la institución de la legitimación en las dos formas con que nuestro Código las reconoce.

Pero debe notarse que si el Estado no puede desconocer la existencia de esas circunstancias de hecho cuando realmente los ilegítimos se encuentren en la situación excepcional de que hablamos, debe proceder, sin embargo, con cierta cautela, no interpretando erróneamente ciertos actos de los padres, y dándoles un valor que no tienen. Nos referimos á lo que puede significar el reconocimiento voluntario hecho por los padres naturales ó por uno solo de ellos; cierto que, en muchos casos, ese acto vendrá á demostrar la concurrencia de las circunstancias de que hablamos, por ser él mismo producido por ellas, pero, en otros, el reconocimiento voluntario puede estar inspirado por miras egoístas y utilitarias, ajenas á las relaciones que debe suponer, y claro es que, cuando tal ocurra, el Estado no debe consentir esta superchería que, tomando las apariencias

más humanas y más justas, es una violación de la moral y del derecho. La intervención de funcionarios independientes y bien retribuídos, que bien pueden ser los jueces pupilares que Cavagnari (1) propone, constituiría una garantía bastante aceptable en aquellos casos en que el ilegítimo, por su edad ó incapacidad, no puede ser consultado. Conviene llamar la atención en este punto sobre lo que, expuesto ya más al por menor, el Estado debe hacer en estos casos de reconocimiento voluntario en los que el padre obre movido por miras egoístas. Claro es, que si la filiación es cierta, el padre, al reconocer al hijo, invoca un hecho verdadero, aun cuando no con propósitos rectos; de este hecho se derivan obligaciones para el padre (la de alimentar), pero también nacen derechos (usufructo de peculios), cuya utilidad puede ser mayor que las cargas que imponga la obligación dicha, diferencia de utilidades en donde resida la verdadera causa del reconocimiento voluntario. Pues bien; como quiera que el hecho de la filiación es cierto y al mismo tiempo algún beneficio puede resultar al hijo de que ese hecho se acredite, síguese que lo que el Estado debe hacer en esos casos en que el padre obre impulsado por móviles egoístas, es permitir el reconocimiento con todas las obligaciones pecuniarias que produce, pero sin reconocer en ese padre derecho alguno que pueda redundar en su personal beneficio. Y he hecho esta aclaración, porque exigiendo nuestro Código civil, cuando el reconocimiento no se haga en el acta de nacimiento ni en testamento, la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal, se ha entendido, y, después de todo, bien entendido, porque el sistema de nuestro Codigo no da lugar á otra interpretación, que el Juez no debe aprobar el reconocimiento aun cuando el hecho de la filiación sea una verdad, sino se demuestra que va á producir beneficios al menor, pues claro es que esa intervención judicial no tiene otro objeto que el de amparar al menor contra los proyectos interesados de que pu-

(1) Ob. cit.

diera ser víctima. Después de lo que hemos dicho, la deficiencia de nuestro Código en este punto es manifiesta; en esos casos el reconocimiento debía permitirse por lo que pudiera beneficiar al hijo, pero teniendo el Juez la facultad, al aprobarlo, de no conceder la patria potestad, ni, por consiguiente, el usufructo de los peculios, que es uno de sus efectos respecto de los bienes de los hijos. Pero como el Código se ha decidido, según tenemos dicho, por otorgar siempre y en todo caso la patria potestad á los padres naturales, en el supuesto que examinamos, á pesar de su sistema, no se le podía ocultar que esa patria potestad sería contraproducente, y queriendo evitar el mal, con el mejor de los deseos ha resuelto la cuestión en perjuicio de los ilegítimos. De donde resulta que si la condición de éstos se hace desgraciada cuando el Código abiertamente rinde culto á históricas preocupaciones, de cierto no mejora cuando procura favorecerlos.

Pero volviendo á lo que nos importaba hacer constar, creo que, después de lo dicho, no puede ofrecer duda que el reconomiento voluntario, si en muchos casos es un signo revelador de que existen las relaciones entre padres é hijos, tal como se dan en la familia legítima, en otros no tiene en la práctica tal significación, por lo que la intervención del Estado, lejos de ser ociosa, se hace de todo punto necesaria si se quiere que ese reconocimiento surta todos los efectos, que, por ejemplo, en nuestro Código produce cuando se trata de los hijos naturales.

Insistimos, pues, en que pueden encontrarse los hijos ilegítimos en la situación que, como excepcional, se presenta en la realidad y que acabamos de explicar; en estos casos sólo falta el sello legal, el signo externo que es necesario para que en lo sucesivo el Estado reconozca la existencia de esas relaciones, lo cual se consigue mediante un acto que el Estado debe facilitar cuando pueda, y que no es otro que la legitimación.

Dos formas de ésta se conocen en nuestro Código, y otras más pasaron ya á la historia, porque desaparecieron las cir-

cunstancias que le dieron nacimiento, y, en nuestro concepto, con esas dos formas que nuestro Código reglamenta basta para las necesidades que esta institución viene á llenar, siquiera, como en seguida será ocasión de observar, no estemos conformes con los principios en que el legislador se ha inspirado al desarrollarla.

Dice la base 5.ª de la ley de 1888: «se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión Real, limitando ésta á los casos en que medie imposibilidad absoluta de realizar la primera y reservando á terceros perjudicados el derecho de impugnar así los reconocimientos como las legitimaciones cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley».

La primera censura que tenemos que hacer á nuestro Código, que en esta materia se ha atenido escrupulosamente á la citada ley de Bases, se refiere á la relación que ha establecido entre una y otra forma de legitimación, haciendo que la por concesión real tenga, por decirlo así, un carácter subsidiario, puesto que no puede realizarse sino en los casos de que medie imposibilidad absoluta de llevar á cabo la que tiene lugar por subsiguiente matrimonio.

Ha podido impulsar á nuestro legislador para llegar á esta conclusión, y seguramente es esta la razón del precepto, el deseo, por una parte, de fomentar los matrimonios, y por otra el temor de que el permitir la segunda forma de legitimación sin restricción alguna, tal vez llevará consigo una encubierta invitación al celibato. Y, ciertamente, si el propósito, considerado en sí mismo, no puede ser más laudable, se nos muestra, sin embargo, en este caso como sacado de quicio y tenido en cuenta en ocasión poco pertinente, ya que los medios empleados por nuestra ley para conseguirlo no son á él adecuados, ni por otra parte estriban en cosa tan baladí que su esencia misma y su naturaleza deban supeditarse al concepto de simple medio que casi nuestro Código les concede. Establecer esa relación entre una y otra forma de legitimación ha-

ciendo que la por concesión real sólo pueda verificarse cuando sea imposible de todo punto la de por subsiguiente matrimonio, es, en nuestro concepto, desconocer el fundamento racional de estas instituciones y olvidar su significación y el fin que vienen á cumplir. Hemos dicho que la legitimación no viene á ser otra cosa que el acto por el cual se hacen patentes ciertas relaciones familiares que ella misma no crea, sino que con anterioridad existían y á las cuales faltaba únicamente ese sello legal indispensable para su protección y amparo por el derecho que el Estado social reconoce y mantiene; de donde se desprende que es completamente extraño á la naturaleza de la legitimación todo carácter de concesión ó de gracia hecha al hijo por el padre ó madre que lo legitima, lo cual de paso conviene hacer notar, por no ser ajeno al modo como nuestro Código considera la cuestión, este carácter á todas luces inadmisible.

Pues bien, si la legitimación en último término no es más que la *forma* legal que deben revestir esas relaciones familiares, síguese que por ser tal forma ha de ser adecuada al fondo ó contenido que en ella viene á encarnar, y como quiera que hemos dicho que las relaciones mencionadas se pueden presentar en la práctica de modo más ó menos completo y abarcando mayor ó menor extensión, de aquí se deduce que lo que en cada caso concreto indicará qué clase de legitimación es la procedente, no será en verdad la posibilidad ó imposibilidad del matrimonio de los padres, sino la naturaleza y extensión de las relaciones que de hecho se den en la realidad.

Decíamos antes que puede ocurrir que sin existir un contrato de matrimonio, haya dos personas entre quienes se dé esa unión perfecta y total que caracteriza á aquél y cuyos hijos disfruten en ese matrimonio natural de toda la consideración que les correspondería si fuesen hijos legítimos; pues bien, en este caso la forma, sin duda alguna, apta para hacer patente la existencia de esas relaciones, es el subsiguiente matrimonio de los padres que, haciendo legítimo el natural, que

ya era un hecho, llevará consigo la legitimación de los hijos con todas sus consecuencias. Una vez realizado el matrimonio, el Estado debe reconocer en esa familia todos los efectos jurídicos que en la legítima, puesto que ya tiene ese carácter, y así los padres podrán invocar el auxilio del poder público, caso necesario, para el ejercicio de la patria potestad que les asiste, podrán asimismo utilizarse de los peculios de sus hijos en la forma que las leyes determinen, y éstos, viviendo en el seno de su familia y cooperando de los modos explicados en su lugar oportuno á la producción de la propiedad, estarán en aptitud de ejercitar en su día el derecho sucesorio que no habrá ya razón para negarles.

Pero junto á estos casos se presentarán otros en los que la relación familiar se muestre como indudable sólo entre uno de los padres y el hijo ilegítimo, siendo completamente ajeno á ella el otro padre; y en estos casos, aun cuando el matrimonio sea posible por no existir impedimento alguno y ser ambos solteros, claro es que la forma adecuada no será la legitimación por subsiguiente matrimonio, sino la de por concesión real, que es la que se adapta al fondo ó contenido que se trata de poner de manifiesto.

Aún habrá todavía casos en los que la relación familiar se de entre el hijo y el padre y la madre aisladamente, pero no entre éstos, y claro es, que la concesión real será también la forma de legitimación que para ellos convenga.

En virtud de las precedentes consideraciones, puede notarse ya lo errado del criterio de nuestro Código, á pesar del plausible propósito que parece animarle. Leyes más eficaces que éstas no consiguieron en el derecho romano el fin que se proponían de fomentar los matrimonios; fundadamente puede decirse de éstas que, por regla general, tampoco lo conseguirán, y que si en algún caso los preceptos de la ley mueven á algún individuo á celebrar el matrimonio y no los motivos que deben determinarlo á este acto, ese matrimonio estará llamado á disolverse y á figurar en las estadísticas del divorcio. Suponga-

mos, en efecto, que un padre que mantiene con su hijo ilegítimo la natural relación familiar, quiere, cumpliendo los deberes que su conciencia le impone, legitimarlo; si este padre es soltero y la mujer de quien lo tuvo también, y no median entre ellos impedimentos, claro es que no puede hacer uso de la concesión real. Pero, supóngase que la madre es una mujer de malas costumbres, ó que, siendo muy buena y muy honrada, existe tal diferencia entre su carácter y el del padre, que la idea de un matrimonio entre ellos es imposible; en este caso, la ley, en vez de facilitar cuanto pueda el camino de la reparación á los ilegítimos debida, impone al padre que voluntariamente quiere hacerla el sacrificio de que se una en matrimonio con una mujer á quien tal vez odia; y es evidente, si el padre, forzado por su cariño al hijo y por la verdadera violencia que sobre él ejerce la ley, se decide por contraer el matrimonio, excusado es el decir que esa unión, de la que sólo el Código es responsable, será efímera y transitoria y el pleito de divorcio no se hará esperar. Si, por el contrario, el padre opta por no celebrar el matrimonio, el hijo quedará sin legitimar, por donde la ley, que al establecer la preferencia dicha entre las dos formas de legitimación, parecía querer favorecer al hijo por cuanto el legitimado por subsiguiente matrimonio disfruta de mejores derechos que el que lo es por concesión real, viene en realidad á perjudicarle, causándole un mal irreparable dentro de sus preceptos.

Fijándonos ahora en otro de los principios del Código en la materia que nos ocupa, ocioso es el manifestar cómo de todo lo que llevamos expuesto se desprende que para la cuestión de la legitimación no procede el distinguir entre hijos naturales y los demás ilegítimos, puesto que respecto de todos ellos puede presentarse la relación familiar de que hablamos, y por consiguiente, todos deben ser susceptibles de legitimación. Por lo tanto, nuestro Código, que ha sentado como base de toda esta materia el principio de que sólo los hijos naturales reconocidos pueden ser legitimados, si ha sido consecuente con la distin-

ción de los diferentes ilegítimos que ni un momento olvida, ha desconocido, en cambio, el fin que la legitimación viene á cumplir y la verdadera significación de este acto.

Es verdad que, debido á las vacilaciones de criterio que en nuestra obra legislativa se notan, y á la poca firmeza con que sienta las conclusiones que parece tener por ciertas, no ofrece para nosotros duda alguna que podrán ser legitimados hijos adulterinos é incestuosos con el consentimiento de la ley que, como en otro lugar hemos dicho, invita al fraude y al engaño. Pero esto, al fin y al cabo, no pasa de ser una irregularidad que la misma ley da luego medios para deshacer al permitir que los que se crean perjudicados puedan impugnar la legitimación, fundándose en que el hijo no es natural ó en que se ha faltado á alguno de los requisitos establecidos, como si el Código tuviera autoridad para castigar un fraude que él mismo había tácitamente aconsejado. Pero, sea de esto lo que quiera, de todos modos causa verdadera pena el ver que, cuando nuestros legisladores han vislumbrado un principio de justicia, como á hurtadillas únicamente lo consignan, y arrepintiéndose al punto, dan enseguida los medios para borrar sus efectos. Y que los hijos adulterinos é incestuosos pueden ser legitimados por concesión real dentro de los preceptos de nuestro Código, es evidente, á pesar de lo que en contra dice el Sr. Manresa (1): que pueden ser reconocidos, ya lo confiesa el autor citado; y como quiera que para ser legitimados por concesión real, si, por ejemplo, el padre es casado al tiempo en que haga la instancia, no hay necesidad de revelar el nombre de la madre, puesto que por ser casado el padre consta ya la imposibilidad del subsiguiente matrimonio, fácil es comprender que la legitimación podrá realizarse contra lo que dice el mencionado Sr. Manresa. ¡Cuánto más hubiera valido al Código el afirmar lisa y llanamente, como ya hoy se sostiene por muchos autores, que todos los hijos ilegítimos pueden ser legitimados!

(1) Op. cit.

Hemos venido hablando hasta aquí de la legitimación por concesión real, y hemos empleado esta denominación usada por nuestro Código y sancionada por la historia sin consignar nuestra protesta á lo que con esa frase se quiere dar á entender; pero, ciertamente, nuestro silencio, hasta ahora, no implica una conformidad, que estamos muy lejos de otorgar, con lo que con esa nomenclatura se quiere expresar, sino únicamente, que son tantos los reparos que tenemos que oponer á la doctrina del Código, que las consideraciones que nos sugiere surgen sin método ni orden y las exponemos según se nos van ocurriendo. La intervención del poder real en esta materia, ó, en otros términos, la del Jefe del Estado, sea cualquiera la forma de Gobierno que rija, no acertamos á explicárnosla; en otros tiempos en que imperaban otras doctrinas y el derecho era considerado de distinta manera, y el Estado, su órgano adecuado, era concebido de modo que ya pasó á historia para no volver, esta forma de legitimación pudo tener su razón de ser; hoy, hablar de *concesión real* con motivo de la legitimación, es un verdadero anacronismo que, en nuestro concepto, no puede hallar justificación. El Código ha querido quitarle el carácter de *gracia al sacar* que tenía en la legislación anterior á él, pero no se puede decir que haya conseguido su objeto, por cuanto al mero hecho de figurar esta institución en el Código y no en una ley especial, no le hace cambiar de naturaleza. Al fin y al cabo subsiste el que esta forma de legitimación se obtiene por *concesión del Rey*, y mientras tal ocurra, la institución estará falseada en sus fundamentos y no responderá á las necesidades que viene á satisfacer.

Conviene hacer notar que nosotros somos partidarios de lo que se llama legitimación por concesión real, pero pedimos para ella una radicalísima reforma que la modernice y que la ponga de acuerdo con el carácter de nuestra época y con las necesidades de nuestros tiempos. Nosotros la admitimos en cuanto únicamente significa una forma de legitimación distinta de la de por subsiguiente matrimonio, en cuanto es un me-

dio por el cual los hijos pueden llegar á gozar de idéntica consideración que los legítimos, sin necesidad de que el matrimonio de sus padres se celebre. Nosotros queremos que entre los legitimados por subsiguiente matrimonio y los por concesión real, no exista más diferencia que la que la misma realidad de los hechos pone de manifiesto, esto es, que los primeros pueden ejercitar sus derechos, respecto del padre y de la madre, y los segundos sólo respecto de uno de ellos ó de los dos aisladamente, pero no como unidos en matrimonio.

Deseamos que no sea el poder del Jefe del Estado el que *conceda* esta legitimación, sino los funcionarios del poder judicial los que *declaren* que, en efecto, existen esas relaciones familiares á las que se intenta dar el sello legal que necesitan. De esta manera, llevando á la práctica estas reformas que indicamos, la institución que nos ocupa tendría el carácter que las circunstancias actuales exigen, y no sería, como es en nuestro Código, un verdadero anacronismo. Tal como está establecida, su inutilidad es manifiesta, como se desprende de todo lo dicho y de lo que aun nos resta por decir.

Cuatro requisitos fija nuestro Código, sin cuya conjunta concurrencia no puede otorgarse la legitimación por concesión real, y es el primero de ellos el que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio, respecto del cual hemos emitido ya nuestro juicio. Los otros tres restantes son: que la legitimación se pida por los padres ó por uno de ellos; que el padre ó madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos, y que si el que lo pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge.

No podemos admitir el primero de estos requisitos en cuanto con él se confirma el carácter de gracia concedido por el padre y sancionado por el Rey que á la legitimación da nuestro Código; no se nos oculta que, por regla general, aun sin este precepto, los padres serán los que, efectivamente, soliciten la legitimación; pero no vemos motivo para excluir la posibili-

dad de que el hijo puede pedirla y le sea concedida. Este requisito guarda un íntimo enlace con lo que más adelante se preceptúa al decir que también podrá obtener la legitimación por concesión real el hijo cuyo padre ó madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento ó en instrumento público su voluntad de legitimarlo con tal de que concurra la condición de no existir hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes, en fin, por estas líneas del padre premuerto. Revela también este artículo el carácter de gracia ó concesión de que venimos hablando, y pone de manifiesto que el Código no ha tenido en cuenta que la legitimación no es más que el sello legal de que necesitan relaciones familiares ya existentes.

En nuestra opinión, aun cuando el padre hubiese muerto, debía permitirse al hijo el solicitar la legitimación, siempre que cumplidamente acreditase que durante su vida había mantenido con él las relaciones familiares de que hablamos; claro es que la voluntad de legitimar expresamente manifestada por el padre en su testamento ó en otro documento público ó privado, allanaría el camino á las pretensiones del ilegítimo, pero de aquí no puede concluirse en buenos principios, que deban ser éstos los únicos casos en los que se reconozca al hijo ese derecho. La desidia de los padres, el desconocimiento del derecho, tan generalizado á pesar del progreso de la cultura en nuestros tiempos y causas de otra índole, pueden haber impedido al padre el manifestar en la forma que nuestro Código quiere su voluntad de legitimar al hijo, y sin embargo, existir en él ese propósito, y de hecho haberlo considerado como hijo legítimo; pues bien, cuando tal ocurra, es justo y racional que el hijo pueda obtener la legitimación, siquiera sea únicamente por evitarle los perjuicios que se le irrogaran al deferirse la herencia del padre premuerto.

Tampoco estamos conformes con la exigencia de que ese padre ó madre que pida la legitimación no tenga hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descen

dientes de ellos. Parece que el Código se ha inspirado en este punto en los respetos que la familia legítima merece, por cuanto acaso pudiera significar una perturbación en la misma el dar entrada en ella á un hijo habido fuera de matrimonio. Pero, reconociendo nosotros que efectivamente el buen orden de la familia no puede por menos de ser consultado en esta materia, creemos que el criterio adecuado no es ciertamente el acudir á la existencia ó no existencia de hijos. Ya lo hemos indicado, y con ello no hacemos más que sacar consecuencias de lo que la legitimación representa en el derecho civil; así como la posibidad ó imposibilidad del matrimonio de los padres ninguna luz nos da para ver la procedencia ó improcedencia de la legitimación por concesión real, del mismo modo, el que existan ó no hijos ó descendientes, tampoco puede influir en que aquélla se realice. Lo importante y á lo que hay que atender, puesto que la legitimación no es más que una forma, es á si las relaciones familiares que constituyen el fondo de ese acto existen ó nó, pues si en la realidad no se han dado, la forma dicha degenerará en mera formalidad ineficaz y vacía, que el Estado no debe autorizar con su aquiescencia; si, por el contrario, esas relaciones existen, la forma legal se presentará con el carácter de necesaria para que aquéllas surtan sus efectos en el orden del derecho del Estado social; pues bien si con este criterio, único que surge de la naturaleza del asunto, examinamos el precepto de nuestro Código, el error que contiene se presentará ya como indudable, puesto que las relaciones familiares entre el padre y el ilegítimo pueden existir aunque el primero tenga hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio ó descendientes de éstos.

Pero se preguntará en vista de las conclusiones á que llegamos: ¿entonces, que medio es el que debe utilizar la ley para velar en este acto por el buen orden de la familia? ¿de qué manera se procurará que los intereses de ésta estén representados, y cuál es, á su vez, la garantía más firme que el Estado puede tener de que en efecto existen entre el padre y el hijo

ilegítimo las relaciones familiares que se quieren poner de manifiesto? Acudiendo á la naturaleza de las relaciones mismas de que se trata, de ella se desprenderá el criterio que en este punto debe seguirse. En último resultado, lo que por la legitimación va á conseguirse es dar entrada, si vale la palabra, oficialmente al hijo ilegítimo en la familia; pues bien, nadie más competente que ésta para declarar si ese ser se ha acomodado ó no al medio que representa el organismo familiar, si de hecho forma ya parte integrante de el, ó si, por el contrario, es un elemento de perturbación y de lucha. En un Código que se haga cargo de lo que la familia representa y que en sus preceptos desarrolle de modo científico el derecho familiar en sus dos manifestaciones de público y de privado, no puede faltar la institución del consejo de familia como órgano del derecho de ésta; no, del modo imperfecto con que nuestro Código la reconoce, únicamente para el caso de tutela, sino como institución permanente y órgano cuyas funciones se extienden á muchas más cuestiones que las limitadas y concretas que nuestra ley coloca bajo su esfera de acción.

El consejo de familia sería, pues, quien debiera emitir su dictamen sobre la legitimación que se solicite, bien por el padre ó por el hijo, y este dictamen favorable, es, sin duda, la mejor garantía que el Estado puede pedir de que no va á prestar su sanción y su apoyo á unas relaciones jurídicas que no tengan realidad en la vida. Nótese, cómo ese dictamen del consejo de familia viene á ser prestado por quien reune más competencia para ello por conocer mejor que nadie la naturaleza de esas relaciones y su existencia ó no existencia, y véase como de este modo los intereses legítimos de la familia encuentran suficiente amparo sin acudir al criterio que nuestro Código sostiene y que en verdad no tiene justificación racional.

Por último, para completar esta materia, como quiera que no puede desconocerse la posibilidad de que el órganismo familiar cuyo dictamen se pide, se manifieste en estado pató-

gico ó anormal, de tal suerte, que el móvil de su decisión pueda ser un interés egoísta é injustamente utilitario, síguese de aquí que en las leyes debe reconocerse un recurso á favor del padre ó del hijo que solicitan la legitimación, que puedan ejercer ante la autoridad judicial á quien, en último término, corresponde otorgar ó no la legitimación, por ser representante del Estado y por buscarse con ella el amparo y la protección del derecho que éste reconoce y mantiene.

Nada hemos de decir del último requisito fijado por el Código para la legitimación por concesión real, que exige que si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge, porque de lo que acabamos de exponer se desprende cuál es el juicio que nos merece.

Pasa después el Código á determinar los derechos del hijo legitimado por concesión real, y dice que estos le autorizan (1): 1.º, á llevar el apellido del padre ó de la madre que la hubiese solicitado; 2.º, á recibir alimentos de los mismos en la forma que determina el art. 143 (que son los llamados alimentos civiles); y 3.º, á percibir la porción hereditaria que en el mismo Código se establece.

Respecto de que el legitimado por concesión real tenga derecho á usar los apellidos de quien lo legitimó, sólo observaremos que pareciéndonos justo el precepto, entendemos, sin embargo, que huelga en nuestro Código civil, dado que por ser ese hijo, natural reconocido, tenía ya tal derecho que, por consiguiente, no arranca de la legitimación, sino del reconocimiento, y aun cuando este puede hacerse en el mismo expediente de legitimación, siempre resultará que, si merced á cualquier circunstancia el hijo no llega á ser legitimado, en todo caso le quedará el derecho á usar el apellido, puesto que el reconocimiento se verificó aun cuando la legitimación fracasara. En una palabra, en el orden lógico de las ideas, dentro del sistema

---

(1) Art. 127.

del Código, el reconocimiento es anterior siempre á la legitimación.

En el segundo de los derechos que el Código reconoce á los legitimados por concesión real, existe una notable diferencia respecto de los hijos legítimos, no en cuanto á la clase de los alimentos, pues á ambos se conceden los llamados civiles, sino en cuanto á las personas de quienes pueden exigirse. Los legítimos pueden pedirlos, en general, á sus descendientes y ascendientes sin limitación alguna y aun á sus hermanos, sean de doble vínculo, sean de vínculo sencillo: los legitimados de que hablamos, pueden solicitarlo de sus padres, pero no de los demás ascendientes, y, sin duda alguna, tampoco tienen derecho á exigirlos de sus hermanos, ya que el Código terminantemente establece que solo entre hermanos legítimos son debidos los alimentos (1). Como quiera que, según tenemos dicho, la legitimación debe dar á los legitimados la misma consideración que si fuesen hijos habidos de matrimonio, y no viene á significar otra cosa que la entrada en la familia para el goce de todos los beneficios que de ella emanan, síguese de aquí que la diferencia establecida en este punto por nuestro Código, no sólo no responde á ninguna racional exigencia, sino que está en perfecto desacuerdo con la esencia misma de la institución que estudiamos.

Si, pues, se considera que el hijo ilegítimo ha entrado en la familia de su padre, ligado se encuentra por los vínculos familiares, no sólo con este, sino con todas las demás personas que forman parte de ella, y no hay razón para negarle el derecho á exigir los alimentos de cada una de esas personas, siempre que se encuentren en las líneas y grados que la ley determine.

El último de los derechos reconocidos al legitimado por concesión real es el referente á la porción hereditaria. Tam-

(1) Art. 143.

bien en este punto encontramos censurable el precepto del Código, por cuanto establece otra diferencia respecto de los hijos legítimos, y aun más, de los legitimados por subsiguiente matrimonio. Repetimos que la legitimación no es una gracia, una liberal concesión; antes al contrario, dada la existencia de las relaciones familiares entre padres é hijos ilegítimos, es un deber en los primeros revestirlas del carácter legal que necesitan. Por consiguiente, el fijar los derechos de los legitimados por concesión real, y muy principalmente el referente á la porción hereditaria, no es cuestión que debe resolverse con el criterio que esa consideración absurda suministra, sino problema que con arreglo á los estrictos principios del derecho mismo debe solucionarse y nunca con el que nuestro Código sostiene que, parece estar influído, de un lado por una piedad mal entendida hacia los ilegítimos que estos no necesitan, y de otro por el deseo de proteger á los padres contra sus mismos generosos excesos, como si tal nombre mereciera el realizar un acto de justicia y el otorgar una reparación debida.

Pero, prescindiendo de estos errores de bulto que por sí sólos bastarían á oscurecer todas las excelencias que nuestro Código contuviese, cuando se comparan los derechos del hijo natural reconocido con los del legitimado por concesión real y se ve que, á igual clase de alimentos tienen derecho y que de las mismas personas pueden exigirlos, y, por otra parte, que idéntica es su porción hereditaria y uno mismo el tiempo al que son llamados en la sucesión intestada de sus padres, una pregunta surge, cuya contestación adecuada acaba ya de poner de manifiesto la inutilidad de la institución que estudiamos, tal como la desarrolla nuestro Código civil. ¿Qué diferencia hay entre los hijos naturales y los legitimados por concesión real? ¿qué ventajas va á reportar á un hijo natural reconocido su legitimación posterior? Confesamos que, por más que hemos procurado, escudriñando los rincones de nuestra obra legislativa, dar satisfactoria respuesta á es-

tas preguntas, no hemos encontrado términos hábiles para ello.

Entre los legitimados por concesión real y los naturales reconocidos no existe diferencia en nuestro Código, ó si la hay, es tan pueril y tan insignificante que no vale la pena de tenerse en cuenta.

De donde resulta, que la forma de legitimación cuyo examen hemos hecho, es en nuestro Código tan inútil y tan poco en armonía con las necesidades de la práctica, que se puede decir, sin temor de errar, que tal como está establecida constituye un verdadero lujo legislativo que no tendrá aplicación en la vida.

Hemos terminado cuanto nos proponíamos decir de la legitimación, y con ello los presentes estudios que aquí concluyo, con la misma fe en las convicciones adquiridas con que los comencé.

Hemos estudiado cada una de las obligaciones de los padres ilegítimos para con sus hijos, y para ello hemos partido del daño causado á éstos, cuyo contenido vario es la base de las conclusiones á que hemos llegado. Como quiera que al investigar la condición jurídica de los ilegítimos nos hemos venido refiriendo á la que le corresponde dentro del derecho que por el Estado social se realiza, aparece justificada la cuestión previa que en cada caso hemos procurado resolver de la reparabilidad ó irreparabilidad de cada daño particular, ya que por no corresponder al Estado social la realización de todo el derecho, no puede partirse de la omnipotencia de éste, ni de su competencia para reestablecer el orden en todo linaje de relaciones jurídicas que se nos muestren perturbadas.

El hecho que origina las relaciones jurídicas entre los padres y los hijos de que hemos hablado, es el de la concepción, como todos los autores reconocen; cuando no exista más que este hecho y á él haya seguido el abandono del hijo y la falta de cumplimiento por parte de los padres de los deberes que toda conciencia honrada aconseja, las relaciones que existan

las hemos calificado de *normales*, porque lógicamente se desprenden del hecho aislado de la concepción, y de *comunes ú ordinarias*, porque son las qué con más frecuencia se presentan en la vida, y la situación en que, como resultado de ella, se encuentra el ilegítimo, es la primera que hemos estudiado, indicando durante el curso de este ensayo los principios en que debe inspirarse una legislación que pretenda acomodarse á las verdaderas necesidades de la práctica.

Hemos discurrido después sobre el supuesto que la realidad nos ha suministrado, de que al mismo tiempo que el hecho de la concepción, se hayan verificado otros que pueden alterar las relaciones entre padres é hijos ilegítimos, y á la situación que para éstos resulta de dichos hechos, la hemos llamado *excepcional* ó extraordinaria, por no ser producida por el mero acto de la concepción, sino por otros posteriores y por presentarse en la vida con menos frecuencia que la examinada primeramente. Esta segunda situación ha sido objeto de nuestro estudio en el presente capítulo, y en él hemos indicado cuál es la misión del Estado social en este punto, fijándonos muy principalmente en la legitimación.

No pretendemos haber dicho la última palabra sobre los difíciles problemas que nos han ocupado, pero sí haber expuesto sinceramente nuestro pensamiento, movidos del mejor deseo, y procurando descartar del campo del debate tradicionales preocupaciones, cuya influencia llega á su ocaso en el estado actual de la ciencia del Derecho. Hemos procurado durante el curso de estos estudios inspirarnos en las enseñanzas de la realidad; podrán no aceptarse las conclusiones á que hemos llegado; podremos haber apreciado con error, por defecto de nuestras personalísimas circunstancias, la realidad misma que hemos tomado por guía; pero, á pesar de estas deficiencias, creemos haber contribuído á la meritoria empresa de poner de relieve el divorcio que existe entre la legislación y la vida, habiendo aportado nuestro grano de arena para el debido arraigo de la moderna tendencia del Derecho que, para purificar su denomi-

nación de todo lo que trascienda á pasión de escuela ó de partido, yo llamaría tendencia realista.

Hora es ya de que las ciencias jurídicas se inspiren en la realidad, puesto que en ella viven sus instituciones, y en ella van á producir sus efectos.

ÍNDICE

Páginas.

CAPÍTULO VI

CAPÍTULO VII

